Zeitschrift für öffentliches Recht

Herausgegeben in Verbindung

mit

Max Hussarek, Max Layer und Adolf Menzel

von

Hans Kelsen

II. Band

5. und 6. Heft

1921

Franz Deuticke

Wien und Leipzig

Verlags-Nr. 2663.

Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?

Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens.

Von **Fritz Sander**,

I.

Unter den zahlreichen Versuchen zur kritischen Prüfung der Wissenschaft der Rechtsdogmatik und zum Aufbau einer neuen Rechtswissenschaft, welche in den letzten Jahrzehnten unternommen wurden, nehmen Kelsens rechtstheoretische Untersuchungen eine Sonderstellung ein. Mit bisher unbekannter Klarheit und Schärfe hat Kelsen gegenüber der Metajurisprudenz der herrschenden Rechtsdogmatik die Forderung nach Reinheit der Methode der juristischen Erkenntnis erhoben und die Grundprobleme der Rechtswissenschaft einer eindringlichen Erörterung unterzogen. Drei Posulate der Kelsenschen Rechtslehre dürfen als unverlierbarer methodischer Besitzstand des rechtstheoretischen Positivismus gelten: Das Postulat der Reduktion der Probleme der Rechtstheorie auf die Lehre vom Rechtssatze, das Postulat der Bestimmung einer spezifisch rechtlichen Gesetzlichkeit in der Zurechnung und das Postulat der Erkenntnis der Einheit von Staat und Recht.

Bevor nun in die Prüfung der Frage eingegangen wird, ob Kelsen die Grundpostulate seiner Rechtslehre zu erfüllen vermochte, muß Klarheit darüber gewonnen werden, in welchen Richtungen Versuche zum Aufbau einer neuen, von der herrschenden Rechtsdogmatik verschiedenen Rechtswissenschaft sich bewegen können und welcher der überhaupt möglichen Richtungen Kelsens Versuch gefolgt ist. Die herrschende Wissenschaft der Rechtsdogmatik ist, wie schon ihr Name besagt, durch eine grundsätzlich ethisch-politische Einstellung gekennzeichnet. Die Grundvoraussetzung der Rechtsdogmatik besteht darin, daß „Recht“ ein Inbegriff von Normen, Imperativen, Befehlen, Anordnungen, kurz ein Inbegriff von Sollsätzen sei, welche ihre Forderungen an die Subjektivität von jenen Sollsätzen irgendwie unterworfenen Menschen richten. Aus dieser

Grundvoraussetzung der Rechtsdogmatik, kraft welcher ihr das Recht — um Kants fundamentale Unterscheidung zu gebrauchen — nicht im Reiche des Seins, der auf Empfindung bezogenen Realität, sondern im Reiche des Sollens, der über alles Sein hinausgreifenden Postulate liegt, ergeben sich mit zwingender Folgerichtigkeit alle ihre weiteren Voraussetzungen. Die Dogmatik des Privatrechtes in jener Gestalt, wie sie durch Savignys Rechtslehre für die Folgezeit bestimmend geworden ist, mußte zunächst als Korrelat der normativen Rechtsbetrachtung das Dogma vom einstufigen, allein im Gesetze enthaltenen Rechte hervorbringen; denn der „Sinn" der Normen, der Imperative mußte, wenn er überhaupt durch die Subjektivität von Menschen im Denken der Auslegung erfaßt und im Handeln erfüllt werden sollte, als fester, fertiger Gehalt, als Ding irgendwo ein- für allemal gegeben vorhanden sein [1]). Als solcher „Ort" des Rechtsgehaltes bot sich aber kraft der ethisch-politischen Postulate des konstitutionellen Liberalismus, welche auf unmittelbare Emanation einer fertigen, unantastbare Sicherheit bietenden Rechtssphäre durch die rechtserzeugenden „Gewalten" abzielen, das Gesetz dar, welches der fast ausschließliche Gegenstand der Untersuchungen der klassischen Rechtsdogmatik wurde. Die Gesetze wurden nicht als besondere Stufe des Rechtes, sondern als das Recht betrachtet, von dessen Höhe die „Auslegung" zu der denkenden und handelnden Subjektivität der Menschen herabführt: das „Prozeßurteil" insbesondere, an welchem die Privatrechtsdogmatik nicht vorübergehen konnte, stellt sich ihr nicht als eigentliches Recht dar, sondern fällt durchaus in die Sphäre der

[1]) „Wer sich von der Vorstellung, daß die Rechtsregeln Ideen sind, mit welchen irgend ein persönlicher Geist oder gesetzgeberischer Wille an die Menschen herantritt, nicht zu befreien vermag, wer im positiven Rechte primär nicht Regeln eines Geschehenden, sondern ideale Befehle und Erlaubnisse erblickt, wird für solche, in der Rechtsordnung begründete und tatsächlich erscheinende Hemmungen der Befugnisse und Verbindlichkeiten fortbestehender Rechtsverhältnisse und für das Wiederaufleben derselben bei gänzlichem oder teilweisem Wegfalle der Hemmungsursachen, überhaupt für die Konkurrenz und den Widerstreit der Rechtsregeln und Rechte untereinander, keine Erklärung finden. Denn Ideen sind starr, sie lassen keine Kompromisse und keine Hemmungen zu, sondern sie gelten oder sie gelten nicht. Die Erfahrungsobjekte hingegen sind innerhalb ihres Wesens wandelbar und dehnbar und ihre Begriffe und Regeln müssen dieser Wandelbarkeit angepaßt werden." (J. Kornfeld, „Soziale Machtverhältnisse".)

„Auslegung", welche das eigentliche („gesetzliche") Recht nur „erfaßt", „darstellt", „verwirklicht". Für die klassische Dogmatik des Privatrechtes zerfällt das All des Privatrechtes in das Recht an sich, das Gesetzesrecht und das Recht der Erscheinung, welches die prozessualen, das Recht an sich „abbildenden" Rechtserscheinungen umfaßt [1]). Nur aus dem Dogma vom einstufigen, im Gesetze fertigem Rechte erklärt sich ferner die rechtsdogmatische Unterscheidung zwischen „Recht" und „Rechtsverwirklichung" („Rechtszwang"), das heißt zwischen Rechtsding und Rechtsfunktion. Statt einzusehen, daß „Recht" einen Zusammenhang von Rechtsfunktionen, von Rechtsverfahren darstellt, wird aus dem All der Rechtsbewegungen eine Gruppe

[1]) Klassischen Ausdruck findet diese Ansicht in jenen Worten, mit welchen Savigny seine Ausführungen über die „Verletzung der Rechte" einleitet: „Bisher wurden die Rechte an sich betrachtet, als die nothwendigen Bedingungen des Zusammenlebens freyer Wesen. In dem durch die Rechtsregeln beherrschten Leben besteht die Rechtsordnung, welche mithin durch Freyheit hervorgebracht und erhalten wird. Indem wir aber das Wesen derselben in die Freyheit setzen, müssen wir zugleich die Möglichkeit einer freyen Gegenwirkung hinzudenken, also einer Rechtsverletzung, welche die Störung jener Rechtsordnung ist. Aus dieser Möglichkeit der Rechtsverletzung entwickelt sich das Bedürfnis folgender Reihe neuer Rechtsinstitute, die wir mit einem gemeinschaftlichen Namen als Schutzanstalten für die Rechtsordnung bezeichnen können: 1. Die Gerichtsbarkeit, als Bestandtheil des Staatsrechts. 2. Die Strafe, als Inhalt des Criminalrechts. 3. Die auf die Herstellung des gestörten Rechtszustandes abzweckenden Formen, als Inhalt des Prozeßrechtes. Alle diese aus der Rücksicht auf die Verletzung hervorgehenden Rechtsinstitute liegen außer dem Kreise unserer gegenwärtigen Betrachtung. Dagegen gehört zu denselben eine andere Klasse von Rechtsinstituten, die gleichfalls in der Rechtsverletzung ihre Entstehung haben. Indem wir ein Recht in der besonderen Beziehung auf die Verletzung desselben betrachten, erscheint es uns in einer neuen Gestalt, im Zustand der Vertheidigung. Theils die Verletzung, theils die zur Bekämpfung derselben bestimmten Anstalten äußern eine Rückwirkung auf den Inhalt und das Daseyn des Rechts selbst, und die Reihe von Veränderungen, die auf diese Weise in ihm entsteht, fasse ich zusammen unter dem Namen des Actionenrechts". („System des heutigen Römischen Rechts". V, S. 1, vgl. auch VI, S. 1, ff.) Der Unterschied zwischen dem Rechte „an sich", dem Rechte „selbst" (materiellen Rechte) und dem „schützenden" (formalen) Rechte beherrscht bis heute die Theorie des Rechtes. Das Recht „an sich" bedeutet einen „Zustand", ist ein statisches Gebilde, ein Ding, eine absolute „Substanz", welche sich lediglich in der Sphäre menschlicher Freyheit, der Rechtsverletzungen, der Rechtsstörungen, also in seiner erscheinungsmäßigen Trübung in „Veränderungen", also dynamischen Gebilden in Verfahrensfunktionen darstellt.

von Funktionen, die Gesetze, herausgehoben, zu Dingen gemacht und nunmehr als substantielles Fundament den übrigen Rechtsfunktionen unterbreitet.

Das Dogma vom einstufigen, im Gesetze fertigen Rechte bestimmt aber ferner auch die Methodik der Rechtsdogmatik und ihre Anschauung von der Methodik des Rechtes, wofern die Rechtsdogmatik überhaupt eine selbständige Methodik des Rechtes anerkennt. Da nach Ansicht der Rechtsdogmatik alles Recht bereits im Gesetze vorhanden ist und der „Prozeß" lediglich die Aufgabe der Feststellung, Erläuterung und Verwirklichung jenes Rechtes hat, muß sich die gesamte Auslegung des Rechtes — welche ja den wesentlichen Inhalt des Prozesses bildet — als eine Summe analytischer Urteile darstellen, in deren Prädikaten (den „Prozeßurteilen") der in den Subjekten (den „Gesetzen") bereits steckende Inhalt bloß herausgeholt und erläutert wird. Es ist die formale Logik mit ihrer Analyse von Begriffen, aus welcher die Rechtsdogmatik ihre Methode entlehnt und welche sie auch als Methodik des Prozesses betrachtet. Die Einsicht, daß nicht nur der „Prozeß" — im Sinne des Zivil- und Srafprozesses — sondern jedes Rechtsverfahren einen kontinuierlichen Bezug von Rechtsbegriffen auf Rechtsempfindungen, einen kontinuierlichen Zusammenhang synthetischer Urteile darstellt, ist der Rechtsdogmatik fremd geblieben. Allerdings unterscheidet sie zwischen „Auslegung" und „Anwendung" des Rechtes, die freilich beide im Prozesse vor sich gehen: „Auslegung" bedeutet Erforschung des „Sinnes" des Gesetzes, „Anwendung" die Beurteilung „rechtserheblicher Tatsachen" nach jenem „Sinne". Hätte die Rechtsdogmatik den Begriff der „rechtserheblichen Tatsache" durchdacht, so wäre es ihr zum Bewustsein gekommen, daß „rechtserhebliche Tatsache" ein niemals in den Begriffen des Gesetzes enthaltenes, aus diesen Begriffen durch analytische Urteile zu gewinnendes Rechtsmoment darstellt, vielmehr es lediglich synthetische, Erweiterungsurteile sein können, welche die Beziehung von Rechtsbegriff auf Rechtsempfindung stiften. Die Rechtsdogmatik hat aber auch das synthetische Verhältnis von Rechtsbegriff und Rechtsempfindung in die analytische Sphäre der formalen Logik übersetzt, indem sie dieses Verhältnis als ein Verhältnis der Subsumtion konkreter unter abstrakte Begriffe auffaßte, ohne sich dabei des Problems bewußt zu werden,

wie es denn überhaupt möglich sei, daß sich Rechtsbegriffe auf die ihnen zunächst fremde Sphäre rechtserheblicher Tatsachen beziehen. Es ist die ontische Betrachtung, welche die Rechtsdogmatik veranlaßt, „Gesetz" und „Prozeß" als ein Subsumtionsverhältnis von Dingbegriffen, nicht als synthetisches Verhältnis von Funktionsregel und kraft jener Regel sich vollziehenden Funktionen anzusehen [1]). Geht man aber von der ontologischen zur funktionalen Betrachtungsweise über, so lassen sich „Auslegung" und „Anwendung" des Rechtes nicht scheiden. Im Rechtsverfahren als der Methodik der rechtlichen Reihenbildung heben „Auslegung" und „Anwendung" des Rechtes einander auf: es gibt keine „Auslegung" ohne „Anwendung", d. h. es läßt sich kein Sinn der Rechtsbegriffe ohne ihre Beziehung auf rechtserhebliche Tatsachen feststellen, es gibt aber auch keine „Anwenwendung" ohne „Auslegung", d. h. gerade und nur in der Beziehung auf rechtserhebliche Tatsachen erschließt sich der Sinn der Rechtsbegriffe. So erweist es sich aber schließlich als unmöglich, nur das „Gesetz", nicht auch die Rechtserscheinungen des Prozesses als eigentliches Recht anzusehen oder „Gesetz" und „Prozeß" einander als zwei Arten von Recht gegenüberzustellen: denn gerade im Prozeß erst erschließt sich der „Sinn" des Gesetzes, welches selbst in einem Gesetzgebungsverfahren erzeugt, mit den nach der gesetzlichen Funktionsregel erzeugten Reihen von Prozeßrechtserscheinungen in einem kontinuierlichen Zusammenhange in der einen Rechtsebene steht [2]).

---

[1]) Vgl. hiezu Ernst Cassirer „Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik."

[2]) „Hiernach ist das Verhältnis zwischen Privatrecht und Prozeß anders, als es herkömmlicher Weise aufgefaßt wird, zu bestimmen. Das Privatrecht bedarf der Hilfe des Prozeßinstituts nicht allein und nicht einmal vorwiegend zu dem Zwecke, um geschützt zu werden. Das Prozeßinstitut tritt zum Privatrecht vielmehr vornehmlich zu dem Zwecke hinzu, es zu ergänzen. Der Grund des Ergänzungsbedürfnisses liegt darin, daß die Rechtsregeln, die abstrakten, hypothetischen Rechtsvorschriften, nicht an die einzelnen Rechtsfälle, nicht unmittelbar an das wirkliche Rechtsleben heranreichen, zu dessen beständiger, sicherer Beherrschung — nicht zur Schaffung bloßer Abstraktionen, nicht bloß zur Aufstellung einer Rechtsregelsammlung! — die Rechtsordnung berufen ist. Jeder Privatrechtsfall stellt ein Rechtsproblem, welches sich in den abstrakten Privatrechtsvorschriften, in den Paragraphen eines bürgerlichen Gesetzbuchs, noch nicht vollständig gelöst vorfindet. Die Gesetzesbestimmungen

Das Dogma vom einstufigen, im Gesetze fertigem Rechte zwingt aber auch die Rechtsdogmatik

geben uns für sich noch nicht darüber Auskunft, was im einzelnen Falle Rechtens ist, zum Beispiel darüber, ob diese individuell bestimmte Person gegen jene individuell bestimmte Person auf Grund eines bestimmten zwischen beiden abgeschlossenen Kaufvertrags ein Recht auf Zahlung von 100 Mark hat. Bei der Bemühung, dies zu erfahren, handelt es sich um etwas anderes, als um bloße Rechtsdurchsetzung. Wenn der Staat den Beteiligten auf ihr Verlangen bei der Ermittlung dessen, was in concreto Rechtens ist, seine Hilfe gewährt, so wird er nicht zum Zwecke des Rechtsschutzes tätig, sondern dazu, um die durch die Privatrechtsregeln noch nicht vollständig fertiggestellte Privatrechtsordnung zur Vollendung zu bringen, indem er die für die einzelne Rechtsangelegenheit zutreffende konkrete Rechtsbestimmung durch seine Behörden herausstellen und festsetzen läßt. Zur Erkenntnis des konkreten Rechtes, also zur Erfüllung der eigentlichen, vollen Aufgabe der Rechtsordnung, reicht die Kenntnis der Rechtsregeln nicht aus. Schon aus dem Grunde, weil hierzu vor allen Dingen die Kenntnis und Gewißstellung des den einzelnen Rechtsfall bildenden eigentümlichen Tatbestandes, der wirklichen Vorgänge, Handlungen, Ereignisse, Zustände nötig ist, die gestaltend auf den besonderen Fall eingewirkt haben. Erst infolge und nach Maßgabe dieser Tatbestandserkenntnis können wir zur Rechtsbeurteilung des einzelnen Falles gelangen, können wir die Rechtsbestimmung finden, welche für ihn gelten soll. Zur Auffindung derselben geben uns die in den Gesetzen enthaltenen Rechtsregeln zwar eine rechtsverbindliche, mehr oder weniger eng begrenzte Anleitung und Anweisung. Aber sie bieten die konkrete Rechtsbestimmung noch nie selber dar. Das vermögen die Gesetzesvorschriften nicht, weil die Gesetzgebung nicht auf alle die unübersehbar und unahnbar mannigfaltigen, oft in sehr komplizierter Art miteinander verknüpften Besonderheiten der wirklichen Rechtsfälle vordenken kann, folgeweise außerstande ist, ihre Vorschriften in einer dem einzelnen Rechtsfalle genau angepaßten Weise zu spezialisieren und zu individualisieren. Die Gesetzesbestimmungen können uns höchstens die einzelnen Rechtselemente vereinzelt zur Verfügung stellen, durch deren Kombination es erst möglich wird, die Entscheidung, die Zusammenfassung der im Gesetze noch voneinander geschiedenen einzelnen Rechtsfaktoren zu einem einheitlichen Ergebnisse vorzunehmen, also zur rechtlichen Beurteilung des Einzelfalls zu gelangen. Darüber, in welcher Weise diese Kombination der oft aus den verschiedensten Gegenden der Gesetzbücher zusammenzubringenden einzelnen Rechtselemente vorzunehmen ist, gibt das Gesetz keine bindenden, irgend ausreichenden Anweisungen und kann sie nicht geben. Noch weniger bestimmt es schon das Ergebnis, welches bei dieser Operation herauskommen soll und muß, mögen die Juristen auch immer noch so fest an die fable convenue glauben, daß die Entscheidung des Rechtsfalls, zu der sie gelangen, schon vom „Gesetzgeber“ vorbedacht, „gewollt“ sei. Und selbst mit der Darbietung der einzelnen Rechtsbeurteilungselemente steht es nicht selten mißlich. Einem beträchtlichen Teile der Gesetzesanordnungen fehlt es an der Vollständigkeit und hin-

zu einer außerordentlich weitgehenden Einengung des positiven Rechtes, zu einer willkürlichen Ausschaltung zahlreicher Erscheinungen, welche in der Einheit der Rechtserfahrung liegen: Nicht nur betrachtet die klassische Privatrechtsdogmatik die unterhalb der Gesetzesstufe liegenden Erscheinungen der „Urteile" und „Beschlüsse" als ein bloß sekundäres, dem primären Gesetzesrechte an Rechtswert irgendwie nachstehendes Recht, ja bloß als logisches Derivat des Gesetzesrechtes, also als Nicht-Recht, sondern die gesamte Rechtsdogmatik hebt aus der Fülle der Rechtserscheinungen nur gewisse, nach ethisch-politischen Gesichtspunkten besonders wichtige Erscheinungen — die „rechtskräftigen" Erscheinungen als relative Endpunkte der Verfahren: Die sogenannte Völkerrechtsverträge, die Gesetze, Verordnungen, Urteile, Beschlüsse — heraus und stempelt sie allein zum „Rechte". Die zahllosen, zwischen jenen „rechtskräftigen" Rechtserscheinungen liegenden Rechtserscheinungen, an welchen sich erst das Rechtsverfahren, somit die Kontinuität des Rechtes darstellt, werden von der Rechtsdogmatik völlig vernachlässigt. Nun wurde allerdings jene ersterwähnte Einschränkung des positiven Rechtes, welche im Gesetzesrechte das Recht oder doch das höchstwertige Recht sieht, im Fortgange der rechtsdogmatischen Untersuchungen stillschweigend oder ausdrücklich aufgehoben. Es

---

reichenden Genauigkeit, manchem sogar an der genügenden Klarheit des Sinnes, um ihre sichere „Anwendung" zu ermöglichen. Mit der Vorstellung, daß die Gesetze sich schematisch, nach Art einer Schablone „anwenden" ließen, gerät man überhaupt auf einen von der richtigen Auffassung sowohl des gesamten Privatrechts wie des ganzen Zivilprozeßinstituts weit abweichenden Weg, was freilich unvermeidlich ist, wenn man von der in der modernen Rechtstheorie tiefst eingewurzelten Grundvorstellung ausgeht, daß das Recht aus nichts anderem, als aus bloßen, es vollkommen fertigstellenden Rechtsregeln bestehe." (O. Bülow, „Klage und Urteil", Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß, Band XXXI, 1903.)

war insbesondere die Entwicklung der Dogmatik des öffentlichen Rechtes, welche sich mit einer Reihe von Rechtserscheinungen — dem Verfassungsrechte, der Verordnung, dem öffentlichen Rechtsgeschäfte — beschäftigte, deren Anerkennung mit dem Dogma von einstufigem, im Gesetze enthaltenen Rechte nicht mehr vereinbar war. Die Einsicht in die Notwendigkeit einer Revision jenes Dogmas hat sich freilich bisher nicht mit genügender Kraft aufgedrängt, ist deshalb nicht mit genügender Klarheit formuliert worden, weil die metarechtliche Unterscheidung zwischen „öffentlichem" und „privatem Rechte" einen Einblick in die Einheit des Stufenbaues der Rechtserfahrung verhindert hat. Immerhin finden sich in der neueren Rechtsdogmatik sehr bemerkenswerte Ansätze zur Überwindung des Dogmas von einstufigem, im Gesetze enthaltenen Rechte. In diesem Zusammenhange sei nur der Untersuchungen Hänels[1]) und Bierlings[2]) Erwähnung getan. Es läßt sich aber leicht zeigen, daß eine radikale Überwindung des Dogmas vom einstufigen, im Gesetze fertigen Rechte unmöglich ist, solange man an der Grundvoraussetzung aller Rechtsdogmatik, der normativen, imperativischen Natur des Rechtes festhält. Denn die Norm, der Imperativ fordern als ihr Korrelat die menschliche Subjektivität: Also ergibt sich im Sinne Hänels und Bierlings nicht ein in verschiedene Stufen zerfallendes Recht, sondern verschiedene Gruppen von Recht — Verfassungsrecht, einfache Gesetze, Verordnungen usw. —, deren jede ihre Normen, ihre Imperative an ausführende Menschen, an Staats*organe* richtet, welche aber untereinander in keiner *rechtlichen*, sondern in einer von jenen Organen vermittelten *psychologischen* und *logischen* Beziehung stehen. Und aus diesem Grunde konnte und kann auch die Rechtsdogmatik die zweite der früher erwähnten Einschränkungen des positiven Rechtes, jene, welche die zwischen den rechtskräftigen Endpunkten der Verfahren liegenden Rechtserscheinungen unterdrückt, nicht beseitigen: *Denn mit der Beseitigung*

---

[1]) Hänel gelangt auf Grund seiner „relativen", das ganze Recht durchwaltenden Unterscheidung „regulativer" und „ausführender" Willensbestimmungen des Staates zum Entwurfe eines Stufenbaues der Rechtserscheinungen (vgl. „Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne", insbesondere S. 192 ff. und „Deutsches Staatsrecht", I, S. 121 ff.).

[2]) Bierling läßt das Recht in „super- und subordinierten Normen", in mehreren „Ordnungen" zerfallen. (Vgl. „Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe", I, S. 109 ff., „Juristische Prinzipienlehre", I, S. 107 ff. und a. a. O.).

jener Einschränkung würde die Rechtsdogmatik zugleich ihre Grundvoraussetzung, daß „Recht" an die menschliche Subjektivität gerichtete Normen oder Imperative bedeute, also sich selbst aufheben. „Recht" wäre dann nicht mehr der Ausdruck für eine Reihe rechtlich unverbundener Gebiete, in welchen es immer nur eine Rechtsstufe gibt — Gebiet der Verfassung, der einfachen Gesetze, der Verordnungen usw. —, zwischen welchen lediglich die „auslegende" oder „anwendende" Subjektivität der Normadressaten eine psychologische oder logische Verbindung stiftet, sondern ein durchgängiger, von Rechtserscheinung zu Rechtserscheinung fortschreitender, also dynamischer Zusammenhang, ein Kontinuum, innerhalb dessen niemals psychologische oder logische Glieder, die Subjektivität von Menschen, auftreten würde. Die Rechtssätze würden dann nicht mehr Imperative, Normen, Regeln menschlichen Denkens und Handelns, sondern rechtliche Reihengesetze, Funktionsregeln bedeuten, deren „Sinn" sich immer nur wieder an Rechtsfunktionen, an Rechtserscheinungen darstellen würde.

Die Systematik des Rechtes, welche in den Arbeiten Hänels und Bierlings zu Tage tritt, steht offenbar überhaupt die äußerste Grenze der Entwicklung der Rechtsdogmatik dar, von welcher aus sich bereits der Blick auf eine Überwindung der Rechtsdogmatik selbst eröffnet. Das Dogma vom einstufigen, im Gesetze enthaltenen Rechte wandelt sich an dieser Grenze der Rechtsdogmatik in das Dogma von mehrere Rechtsgebieten um, deren jedes ein einstufiges Recht enthält, zwischen denen aber keine objektiven Rechtsrelationen, sondern lediglich subjektive, psychologische und logische Relationen bestehen. Vor allem ist es wieder das Verhältnis formallogischer Subsumtion, welches, wie früher die Beziehung zwischen Gesetz und Urteil, jetzt die Beziehung zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten stiften soll. So besteht allerdings eine logische Kontinuität zwischen den verschiedenen, rechtlich isolierten Gebieten: aber diese logische Kontinuität bedeutet nichts anderes, als daß die Rechtsdogmatik schließlich das gesamte „Recht" — einen realempirischen Zusammenhang — in „Logik" — einen formalen Zusammenhang — umdeutet, sich also des Grundfehlers aller scholastischen Ontologie schuldig macht. Die Rechtsdogmatik erhebt sich

nicht durch Analyse der synthetischen Urteile des Rechtes in die objektive Sphäre des Rechtes, drückt vielmehr das Recht auf ihre subjektive, formallogische Sphäre herab[1]).

[1]) Den reinsten Ausdruck findet das Dogma von den mehreren logisch, aber nicht rechtlich verbundenen, je einstufigen Rechtsgebieten in den Arbeiten Merkls, von welchem auch Kelsen jenes Dogma unter Revision seiner ursprünglichen Ansicht vom allein im Gesetze enthaltenen Rechte übernommen hat. In seiner scharfsinnigen Abhandlung „Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior" (Archiv des öffentlichen Rechtes, Band 37) läßt Merkl das gesamte Recht (eines „Staates") bereits in der Verfassung enthalten sein. „Nicht ein logisches Prinzip von der lex posterior, sondern die Verfassung, welche unter anderem auch einen solchen Rechtssatz ausspricht, ist uns das Prinzip einer Rechtseinheit. Was bis zu seinem gedanklichen Ursprung zurück verfolgt, in eine Verfassung mündet, ist als einer Rechtseinheit und damit einem einzigen Staate zugehörig anzusehen. Insbesondere ist es auch nur die Verfassung, welche verschiedene, zeitlich auf einander folgende Gesetze einem einzigen Staate zuzurechnen gestattet. Es kann hier kaum von Kontinuität die Rede sein, viel zutreffender wäre das Bild der Konzentrität, wobei die Verfassung den Mittelpunkt abgibt. Betrachtet man unsere Erscheinung unter diesem Gesichtspunkt, dann hat man das Element der Zeit ausgeschaltet, das für die Untersuchung unserer Erscheinung ohne Belang ist und höchstens zu einer Fehlerquelle werden kann. Durch die Mitbeachtung der Zeit wird zusammengehöriges in eigentümlicher Weise zerdehnt und nehmen Dinge den Schein der Distanziertheit an, die für die juristische Betrachtung beieinander, wenn nicht gar ineinander liegen. Jede wann immer vor sich gehende Rechtsänderung — eine Änderung nur für die auf das materielle der Sache gehende Betrachtung — ruht bereits sozusagen in den Falten der Verfassung, von deren Standpunkt aus es gleichgültig ist, wann sie an dieser Stelle entfaltet wird." (S. 88). In diesen Gedankengängen findet die formallogische Umdeutung des empirisch-realen Rechtes eine geradezu klassische Darstellung. Die Verfassung ist das beharrende Subjekt, aus welchem die Urteile der Rechtswissenschaft (der „juristischen Betrachtung") das übrige Recht als Prädikate herausziehen, alles Recht besteht nur aus analytischen Urteilen, welche — um Kants Terminologie zu gebrauchen — ihr Subjekt, die Verfassung, nicht erweitern, sondern bloß erläutern. Und durchaus folgerichtig spricht Merkl nicht von „Kontinuität", sondern von „Konzentrität". Denn das Recht wird nicht in einem kontinuierlichen Zusammenhange nach den Regeln der Verfassung erzeugt, sondern ist bereits in der Verfassung „konzentriert" enthalten. Merkl wirft gar nicht die Frage auf, ob es nicht Naturrecht bedeutet, wenn die „juristische Betrachtung" eines der konstituierenden Momente des Rechtes, die Zeit, aus dem Rechte „ausschaltet". Die Theorie der Rechtserfahrung kann nur feststellen, das es formalen Rationalismus, dogmatische Ontologie bedeute, wenn die eine Wurzel alles Rechtes, die „rechtserheblichen Tatsachen", die „Rechtsempfindungen" — deren „Form" ja im Sinne Kants die „Zeit" ist — völlig vernachlässigt, ja als „Fehler-

Die formale Logik der Rechtsdogmatik ist aber lediglich das Gewand bestimmter ethisch-politischer Postulate, eines bestimmten

---

quelle" bezeichnet wird. Jeder Schritt, welchen die verfahrensmäßige Rechtserzeugung macht, bedeutet eine Synthesis der Einheit von Rechtsbegriffen (als Funktionsregeln) und „Rechtsempfindungen", welche niemals in jenen Begriffen, auch nicht in denen der Verfassungsregeln, enthalten sind, sich also auch nicht als deren „Entfaltung" darstellen. „Recht" ist ein Zusammenhang synthetischer Urteile, eine kontinuierliche (verfahrensmäßige) Synthesis von Rechtsbegriff und rechtserheblicher Tatsache. Ich habe bereits in meiner Abhandlung „Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung" Merkls Theorie der Staatsentstehung, welche sich auf dem Prinzipe der Diskontinuität aufbaut, als „Occasionalismus" bezeichnet. „Occasionalismus" ist aber die gesamte Rechtstheorie Merkls, weil in seinem Sinne die Beziehung zwischen den verschiedenen einstufigen Rechtsgebieten — Gesetze, Verordnungen, Beschlüsse usw. — eine rechtlich zufällige ist, die Entstehung jedes dieser Rechtsgebiete eines „Stoßes von außen", nämlich der logischen Ableitung bedarf. Aus diesem Grunde vermag auch Merkl zwischen der „Erkenntnis" der „Auslegung" der Rechtswissenschaft und der „Anwendung" des Rechtes — welche für die Theorie der Rechtserfahrung als logische und rechtliche „Ableitung" fundamental geschieden sind und niemals in Vergleichskonkurrenz treten können — keine Unterscheidung zu machen, setzt die Logik der Rechtswissenschaft als Richterin über die Logik des Rechtes, also die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle ein. Mit der Ausschaltung der „Zeit" werden dann auch Rechtsinhalte einfach ausgeschaltet: „An dieser Stelle wird wohl zum erstenmale behauptet, daß der Gesetzgeber im Zweifel nicht ein beliebig neues, daß er nur ein solches Gesetz schaffen könne, das zu einem bestehenden Gesetze nicht in Widerspruch tritt. Und wenn er es — außer es liegt der häufige Fall seiner ausdrücklichen Ermächtigung vor — wenn er es also doch tut? Nun, dann ist seine Handlung rechtlich unwirksam." (S. 79). Aber in welcher Sphäre, in jener der Rechtswissenschaft oder in jener des Rechtes, tritt jener „Zweifel", tritt jener „Widerspruch" auf? „Das Aufklärungsbedürftigste bleibt aber immer noch aufzuhellen; wir wissen nun, daß die restlose materielle Rechtserkenntnis der auf dem Gesetze fußenden Rechtswissenschaft nicht zu entnehmen ist, wissen ferner auch, wer sie uns zu bieten vermag. Wieso aber der Rechtsanwender zu dieser scheinbar dem Rechtstheoretiker vorbehaltenen Funktion gelangt, ist noch verschleiert. Und ich schicke voraus: würde es sich tatsächlich um intellektuelles Erkennen handeln, dann wäre es auf keinen Fall beim Rechtsanwender zu suchen und zu finden. Ein vom Gesetze verliehenes Können steht in Frage. Erkenntnisfähigkeit kann aber selbst das mächtigste, das allmächtige Gesetz nicht verleihen. Ist ein Urteil, das der Richter auch für noch richtig hält, aus dem Gesetze logisch unableitbar, dann ist es logisch falsch, dann ist es, wofern das Gesetz notwendige Durchgangsform des Rechtes ist, fürs erste überhaupt nicht Recht. Es handelt sich bei der dem Rechtsanwender vorbehaltenen Erkenntnisfunktion, soweit diese maßgeblich und aller Rechtstheorie überlegen sein soll,

Naturrechtes, mit welchem die Rechtsdogmatik das positive Recht durchsetzt. Da für die Rechtsdogmatik „Recht" nicht ein objektives Kontinuum, sondern verschiedene Normgebiete bedeutet, zwischen welchen lediglich die Subjektivität der Normadressaten im Wege der Auslegung logische Relationen stiftet, sind es jene der Auslegung offen stehenden diskontinuierlichen Stellen, durch welche die Rechtsdogmatik ihre in formallogischem Gewande auftretenden ethisch-politischen Postulate in das positive Recht einschmuggelt: das Grunddogma von der normativen Natur des Rechtes bedingt das weitere Dogma von der Wissenschaft als Rechtsquelle. Ist Recht ein Innbegriff von Normen, von Imperativen, welche sich an die menschliche Subjektivität richten, dann muß der „Sinn" jener Normen durch formallogische Zergliederung der in den Normen liegenden Begriffe festgestellt werden, dann erschließt sich der „Sinn" jeder Rechtserscheinung nur durch wissenschaftliche (logische) Auslegung. So könnte die Rechtsdogmatik das Dogma von der Wissenschaft als Rechtsquelle nur dadurch überwinden, daß sie ihre Grundvoraussetzung, also sich selbst aufhebt: Nur wenn Recht einen Zusammenhang synthetischer Funktionen bedeutet, deren Reihen sich in immanenter Gesetzlichkeit aufbauen, nur wenn also eingesehen wird, daß das „Recht" sich selbst — unabhängig von jeder menschlichen Subjektivität — auslegt, daß der objektive Sinn jeder Rechtserscheinung nicht in der Subjektivität der Auslegung, sondern lediglich in der objektiven, verfahrensmäßigen Beziehung dieser Rechtserscheinung auf alle anderen Rechtserscheinungen sich vollzieht, also die Rechtswissenschaft niemals das Recht konstituieren,

---

nicht um Denken, sondern um ein Wollen oder Handeln. Denken muß er wohl auch, der Rechtsanwender. Insoweit kann er aber von der Rechtswissenschaft kontrolliert und ins Unrecht gesetzt werden." („Das Recht im Lichte seiner Anwendung" 1917, S. 18). Merkl übersieht aber eben, daß die Gesetzlichkeit des Rechtes sich nicht aus den metarechtlichen Komponenten des „Wollens", „Handelns" und „Erkennens" zusammensetzt und mittels der letzteren Komponente mit der „Rechtswissenschaft" verglichen werden kann, sondern eine einheitliche souveräne Gesetzlichkeit, nämlich die des Rechtsverfahrens darstellt, an welche die „Logik", die „Erkenntnisfunktion" der Rechtswissenschaft (im Sinne Merkls) überhaupt nicht heranreicht, von ihr also auch nicht „kontrolliert und ins Unrecht gesetzt werden" kann. Die Wissenschaft ist weder positive noch negative Rechtsquelle, sie kann weder „Recht" noch „Unrecht" hervorbringen.

sondern bloß über das Recht reflektieren kann, ist das Dogma von der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle, freilich auch die Rechtsdogmatik selbst überwunden. Solange aber eben am Dogma von der normativen Natur des Rechtes festgehalten wird, ist auch das Dogma von der Wissenschaft als Rechtsquelle — von der Logik, welche dem Rechte den „Sinn" gibt – unvermeidlich: Auslegung ist und bleibt der Hauptgegenstand der Rechtsdogmatik. Da aber Auslegung als subjektivistische Deutung des Rechtes nur immer auf Grund eines bestimmten Voraussetzungskomplexes ethisch-politischer Postulate möglich ist, muß jede Rechtsdogmatik eine Metajurisprudenz, eine Vorjurisprudenz als Inbegriff jener Grundsätze, jener Dogmen entwerfen, auf Grund welcher an die Auslegung des positiven Rechtes herangetreten werden soll: So sind die „Dogmen" der Rechtsdogmatik nicht die Rechtsnormen, an welche als Dogmen die Rechtsdogmatik gebunden wäre, sondern gewisse Dogmen — wie z. B. der Begriff des Staates — welche als hypostasierte ethisch-politische Postulate sich in der Auslegung das bloße Material des positiven Rechtes unterwerfen. Jede ethische Wissenschaft — will sagen, jede Wissenschaft, welche das Grundproblem der Ethik, die Beziehung von Normen auf Menschen — rationalisiert, muß eben Dogmatik werden, muß einen Komplex apriorischer Dogmen ersinnen, welche in der Auslegung den Normen einen festen, von der menschlichen Subjektivität erfaßbaren Sinngehalt verleihen. — Das Dogma von der Wissenschaft als Rechtsquelle bedeutet: daß eben „Recht" nicht ein objektiver, einen immanenten Sinn entwickelnder Zusammenhang synthetischer Urteile, sondern ein Inbegriff von Normen ist, welche ihren Sinn aus der transzendenten Sphäre der Logik erhalten.

Die in den letzten Jahrzehnten unternommenen Versuche zu einer Reform der herrschenden Rechtswissenschaft oder zum Aufbau einer neuen Rechtswissenschaft bewegen sich nun in zwei Richtungen, welche wir nach der Art ihrer Stellungnahme zur Rechtsdogmatik als konservative und als radikale Richtung auseinanderhalten können. Die Anhänger der ersteren Richtung halten am Grunddogma der Rechtsdogmatik, der Auffassung des Rechtes als Inbegriff von Normen oder Imperativen fest und versuchen im Rahmen der Rechtsdogmatik eine Revision ihrer Grundbegriffe — wie Bierling — oder eine Fundierung ihrer Grundbegriffe in erkenntnistheoreti-

schen Erörterungen — wie Stammler. Die Anhänger der letzteren Richtung hingegen gehen auf Überwindung der Rechtsdogmatik selbst aus, indem sie entweder — wie die sogenannte Freirechtsschule — das Dogma von der formalen Logik als Rechtserzeugungsmethode zu erschüttern versuchen oder aber gar — wie die sogenannte soziologische Rechtstheorie — das Dogma von der normativen, imperativischen Funktion des Rechtes angreifen [1]).

Wenn wir nun Kelsens Versuch zum Aufbau einer neuen Rechtswissenschaft einer kritischen Prüfung unterziehen [2]), so muß

---

[1]) Als interessantester und bedeutendster Vertreter der „soziologischen Rechtstheorie" darf wohl Ignatz Kornfeld bezeichnet werden, der in seinem Buche „Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage" die Rechtswissenschaft als Wissenschaft von einem Erfahrungszusammenhange zu begründen unternimmt und mit durchschlagender Überzeugungskraft „die Irrealität der Normentheorien" und „die Unzulänglichkeit der Normentheorien zur Erklärung der Rechtserscheinungen" aufzeigt. Die Rechtsregeln sind ihm „empirische Gesetze sozialen Verhaltens", Funktionsregeln, die nur für eine ethische Betrachtung eine „normative Funktion" zeigen. Wir müssen es uns leider versagen, an dieser Stelle auf Kornfelds Gedankengänge des näheren einzugehen. Es sei nur erwähnt, daß Kornfelds Grundbegriff des „regelmäßigen sozialen Verhaltens der Rechtsgenossen" die subjektivistische (soziologische) Deutung der objektiven Gesetzlichkeit des Rechtes, des „Rechtsverfahrens" darstellt, überhaupt seine soziologischen Begriffe von der Theorie der Rechtserfahrung im wesentlichen als subjektivistische Deutungen ihrer eigenen Begriffe anerkannt werden können. Kornfelds „Soziologie des Rechtes" deutet in ihrer psychologischen Sphäre durchgängig auf die übergeordnete objektive Sphäre des Rechtes, wie ja überhaupt eine konsequente „Soziologie des Rechtes" sich als subjektives Korrelat der objektiven Theorie der Rechtserfahrung erweisen und in der Theorie der Rechtserfahrung erst ihre objektive Begründung finden wird. Unter den Versuchen zur Überwindung der Rechtsdogmatik verdient übrigens auch — an sachlich erster Stelle — Bergbohms „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie" Erwähnung. Bergbohm hat aufgezeigt, daß die Rechtsdogmatik durch und durch von Naturrecht durchtränkt ist, ist uns freilich, weil sein Werk ein Torso geblieben ist, den notwendigen und leicht zu führenden Nachweis schuldig geblieben, daß die Rechtsdogmatik, um das Naturrecht zu überwinden, sich selbst aufheben müßte, weil das Grunddogma der Rech'sdogmatik, die Auffassung des Rechtes als Inbegriff von Normen, die Metajurisprudenz der Ethik in sich birgt.

[2]) Die folgenden Zitate aus Kelsens Werken sind, wenn nichts anderes angegeben ist, seinem zweiten Hauptwerke „das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre 1920" entnommen.

vorweg festgestellt werden, daß Kelsen zwar grundsätzlich und bewußt der konservativen Richtung angehört, seine Gedankengänge aber auch gewisse Tendenzen aufweisen, welche die radikale Richtung einer Überwindung der Rechtsdogmatik einschlagen. Kelsen versucht grundsätzlich eine Reinigung der rechtsdogmatischen Grundbegriffe in der Richtung, daß er die Rechtsdogmatik zur Besinnung auf die Reinheit ihrer dogmatischen Voraussetzungen zwingen, die Ausschaltung aller in die Rechtsdogmatik eingedrungenen Seinselemente vornehmen und das „Sollen", die „normative Funktion" des Rechtes zum ausschließlichen Grundbegriff der Rechtsdogmatik machen will. Kelsens bewußte Tendenz zielt also nicht auf Überwindung, sondern auf reine Vollendung der Rechtsdogmatik, deren Dogmen in seinen Gedankengängen in außerordentlicher Schärfe formuliert werden. Vor allem ist es die „formale Logik", welche Kelsen als Grundmethodik der Rechtswissenschaft postuliert und verwendet. Kelsen führt die von Gerber und insbesondere von Laband befolgte Tendenz, die ethisch-politische Metajurisprudenz in eine logische Metajurisprudenz umzudeuten, bis in ihre letzten Folgen durch. Neben dieser rechtsdogmatischen Grundströmung in Kelsens Gedankengängen findet sich aber in seinen Ausführungen eine andere Strömung, welche auf Überwindung der Rechtsdogmatik geht: Kelsens Rechtslehre will „Positivismus" sein, muß also notgedrungen irgendwie zugeben, daß „Recht" etwas Seiendes, etwas Reales, Positives sei. So bekämpft Kelsen die Imperativanerkennungstheorie, welche die Geltung, also die Positivität des Rechtes von der Anerkennung durch die Subjektivität von Menschen abhängig macht, so zielt Kelsens Begriff der „Zurechnung", welche nach ihm freilich in der Sphäre der Rechtswissenschaft vor sich geht, auf die Feststellung einer spezifischen Seinsgesetzlichkeit des Rechtes, so versucht Kelsen in seinem zweiten Hauptwerke den Begriff des „Sollens", welches den fundamentalen Gegensatz zum Sein bedeutet, in einen Ausdruck für das spezifische Sein des Rechtes umzudeuten. Aber alle Ansätze Kelsens zu einer positivistischen Rechtswissenschaft, welche ja nur Lehre von der Positivität, das heißt vom gesetzmäßigen Seinszusammenhange des Rechtes sein kann, scheitern, weil sie den grundsätzlich rechtsdogmatischen Gedankenrahmen seiner Lehre nicht zu sprengen vermögen. Es ist gerade Kelsens Rechtslehre,



dogmatik“ und „Rechtspositivismus“ unvereinbar sind, daß vom Standpunkte der Rechtsdogmatik auch eine „reine“ Rechtslehre unmöglich ist, weil die Rechtsdogmatik eben immer mit zwei Komplexen von Elementen, nämlich mit dem Komplex ihrer metarechtlichen Dogmen („Voraussetzungen“) und mit dem Komplex des positiven Rechtes, arbeiten muß. Freilich zeigt die nähere Untersuchung, daß die Metajurisprudenz der Dogmen auch das „positive Recht“ (im Sinne der Rechtsdogmatik) durchsetzt, daß also wohl eine *reine Rechtsdogmatik*, aber nur als *reine Naturrechtslehre* möglich ist.

Kelsens Ausgang von dem Grunddogma der Rechtsdogmatik, der Betrachtung des Rechtes als Inbegriff von Normen, Imperativen, findet seinen Ausdruck in dem Grundbegriffe der *Kelsen*'schen Rechtslehre, dem Begriffe des „*Sollens*“. Mit seiner fundamentalen Unterscheidung von „Sollen“ und „Sein“ knüpft *Kelsen* an den kritischen Idealismus an. Nun bedeutet ja allerdings die Unterscheidung von „Sollen“ und „Sein“, „Vernunft“ und „Verstand“, von „Ideen“ und „Wirklichkeit“, von „Postulat“ und „Gesetz“, von „Glauben“ und „Wissen“ eine epochemachende Tat *Kants*. Nur haben weder *Kant* noch *Kants* Epigonen erkannt, daß der Gegensatz von „Sollen“ und „Sein“ ein durchgängiger, des All des Bewußtseins durchwaltender ist, der nicht an den Gegensatz bestimmter einzelner Gebiete des Bewußtseins wie etwa den Gegensatz von Naturwissenschaft und Rechtswissenschaft gebunden werden kann. Theoretische und Praktische Vernunft, Erkenntnis und Ethik, Sollen und Sein bedeuten vielmehr fundamentale Methoden der Betrachtung des Bewußtseins, deren erstere die objektive, von aller menschlichen Subjektivität losgelöste Gesetzlichkeit von Seinszusammenhängen, deren letztere

die normative Beziehung jener Seinsgesetze auf menschliche Subjektivität untersucht. So läßt sich einerseits den Naturgesetzen, welche nach Kant das Prototyp des Seins darstellen, eine normative Wendung geben, so lassen sich andrerseits die Rechtsgesetze, welche nach Kant ein Prototyp des Sollens bilden, in ihrem von jeder normativen Wendung unabhängigem objektivem Seinsgehalte untersuchen. Nur deshalb hat Kant „Ethik" und „normative Wendung" nicht identifiziert, weil er als „Ethik" nur einen bestimmten, den „kategorischen" Imperativ mit seinen Folgesätzen im Gegensatze zu den „hypothetischen" Imperativen, angesehen wissen wollte. „Alle Imperativen nun gebieten entweder hypothetisch oder kategorisch. Jene stellen die praktische Notwendigkeit einer möglichen Handlung als Mittel zu etwas anderem, was man will (oder doch möglich ist, daß man es wolle), zu gelangen vor. Der kategorische Imperativ würde der sein, welche eine Handlung als für sich selbst, ohne Beziehung auf einen anderen Zweck, als objektiv-notwendig vorstellte. . . . . Endlich gibt es einen Imperativ, der, ohne irgend eine andere durch ein gewisses Verhalten zu erreichende Absicht als Bedingung zu Grunde zu legen, dieses Verhalten unmittelbar gebietet. Dieser Imperativ ist kategorisch. Er betrifft nicht die Materie der Handlung und das, was aus ihr erfolgen soll, sondern die Form und das Prinzip, woraus sie selbst folgt, und das Wesentlich-Gute derselben besteht in der Gesinnung, der Erfolg mag sein, welcher er wolle. Dieser Imperativ mag der der Sittlichkeit heißen. . . . Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger, und zwar dieser: Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde". („Grundlegung zur Metaphysik der Sitten") Kant hat aber — wie schon des öfteren erkannt wurde — übersehen, daß auch der sogenannte „kategorische" Imperativ nur ein „hypothetischer" Imperativ ist, daß der Imperativ, nach einer sich zu einem allgemeinen Gesetze eignenden Maxime zu handeln, eben auch einen bestimmten Zweck, eine bestimmte Absicht, eine bestimmte ethisch-politische Weltanschauung voraussetzt, ohne deren Anerkennung der „kategorische" Imperativ jeder Evidenz ermangeln würde. Nicht also der eine sogenannte kategorische Imperativ, sondern alle Imperative sind Imperative der Sittlichkeit und Ethik

ist nicht das Gebiet der Beziehung einer bestimmten, sondern aller Normen auf die Subjektivität von Menschen. „Gegenstand der Ethik ist der Mensch" (Cohen), in welcher Formulierung allerdings schon „Mensch" als ein normativer, nur in Korrelation zu Normen sinnvoller Begriff, also eigentlich als Begriff der „Person" vorausgesetzt wird.

Da nun Kant den Gegensatz von Sein und Sollen als einen an bestimmte einzelne Bewußtseinsgebiete gebundenen und das „Recht" als Prototyp eines Sollensgebietes angesehen hat, entspricht das Grunddogma der Rechtsdogmatik, die Ansicht von der normativen Natur des Rechtes, vollkommen der Grundannahme der Kantischen Rechtsphilosophie. Kant hat aber die transzendentale Methode des Kritizismus auf dem Gebiete der Rechtsphilosophie völlig verlassen und ist der Methodik der dogmatischen Ontologie gefolgt. Und wenn Kelsen das „Sollen" als Grundmethodik der Rechtswissenschaft auszeichnet, so zeigt er zwar die enge Verbindung zwischen dem Grundbegriffe der Kantischen Rechtsphilosophie und dem Grundbegriffe der Rechtsdogmatik auf, macht aber gerade dadurch, daß er alle Konsequenzen jener Ansicht zieht, ihre fundamentalen Mängel klar, läßt die Überwindung des Dogmas von der primär normativen, imperativischen Funktion des Rechtes als ein unabweisbares wissenschaftliches Postulat erscheinen.

In seinen „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre" sagt Kelsen: „Faßt man das Sollen in einem streng logischen Sinne als Form in einem vollständigen Gegensatze zum Sein, darf man es mit keinem seiner Inhalte identifizieren, darf kein wie immer geartetes Sein als Sollen ausgeben. — In jener streng objektiven Bedeutung, in welcher der Begriff des Sollens bisher entwickelt wurde, derzufolge, was gesollt ist, ohne Rücksicht auf das subjektive Wollen oder Wünschen eines Menschen festgestellt werden kann, in jener Bedeutung, in der das Sollen ganz besonders als formallogische Kategorie im Gegensatz zum Sein auftritt, kommt es gerade für das Recht und dessen Normen in Betracht, und nur in Hinblick auf den objektiven Charakter des rechtlichen Sollens, das unabhängig ist von allem Wollen der rechtspflichtigen Subjekte, sind die bisherigen Konstatierungen erfolgt." (S. 8.) Diese Ausführungen

Kelsens unterliegen aber zahlreichen Einwendungen. Hier sei ganz davon abgesehen, daß es schlechthin unerklärlich ist, wie das „Sollen“ als Kategorie der „formalen Logik“ für das materielle Recht Bedeutung haben könnte und nur darauf verwiesen, daß Kelsens „Sollen“ eine mit den Mitteln der formalen Logik vollzogene Hypostase ethisch-politischer Postulate bedeutet. Der Begriff des Sollens ist das Symbol der Kelsenschen Rechtslehre, welche, wie noch zu zeigen sein wird, durchgängig den Versuch unternimmt, die ethisch-politische Metajurisprudenz der Rechtsdogmatik in eine logische Metajurisprudenz umzudeuten. Das „Sollen“ ist und bleibt aber ein ethischer Begriff, sein Korrelat ist der „Imperativ“, das Dogma vom in der Gesetzesstufe fertigem Rechte, welches seine „Normen“ an die Subjektivität von Menschen richtet. „Die Vorstellung eines objektiven Prinzips, sofern es für einen Willen nötigend ist, heißt ein Gebot (der Vernunft), und die Formel des Gebots heißt ein Imperativ. Alle Imperative werden durch ein Sollen ausgedrückt und zeigen dadurch das Verhältnis eines objektiven Gesetzes der Vernunft zu einem Willen an, der seiner subjektiven Beschaffenheit nach dadurch nicht notwendig bestimmt wird (eine Nötigung). Sie sagen, daß etwas zu tun oder zu unterlassen gut sein würde, allein sie sagen es einem Willen, der nicht immer darum etwas tut, weil ihm vorgestellt wird, daß es zu tun gut sei. — — — Ein vollkommen guter Wille würde also ebensowohl unter objektiven Gesetzen (des Guten) stehen, aber nicht dadurch als zu gesetzmäßigen Handlungen genötigt vorgestellt werden können, weil er von selbst nach seiner subjektiven Beschaffenheit nur durch die Vorstellung des Guten bestimmt werden kann. Daher gelten für den göttlichen und überhaupt für einen heiligen Willen keine Imperativen, das Sollen ist hier am unrechten Orte, weil das Wollen schon von selbst mit dem Gesetz notwendig einstimmig ist, daher sind Imperativen nur Formeln, das Verhältnis objektiver Gesetze des Wollens überhaupt zu der subjektiven Unvollkommenheit des Willens dieses oder jenes vernünftigen Wesens, z. B. des menschlichen Willens, auszudrücken.“ (Kant, „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.“) Wer also das „Sollen“ zum Grundbegriff einer Rechtslehre macht, bleibt in einer ethisch-politischen Betrachtung des Rechtes befangen, bleibt Imperativtheoretiker, muß eine statische Vorstellung des Rechtes postu-

lieren[1]), weil für ihn eben das Recht mit den Imperativen, den Normen des Gesetzes oder der mehreren, je einstufigen Rechtsgebiete fertig ist und seine „Anwendung" sich in der Beziehung der Rechtsnormen auf die Subjektivität von Menschen, also in einer metarechtlichen Sphäre vollzieht. Da Kelsen ursprünglich den „Rechtssatz" lediglich als in der Gesetzesstufe enthalten angesehen hat, muß er ihm zum Sollen, zur Norm menschlichen Verhaltens werden, bewegt er sich mit allen seinen Erörterungen in der Sphäre der Beziehungen des Rechtes auf menschliche Subjektivität, nicht in der Sphäre des objektiven Rechtes, in welcher der Rechtssatz nicht ein fertiges Ding, sondern eine Funktionsregel darstellt, sich niemals in Beziehung auf die Subjektivität menschlichen Verhaltens, sondern in verfahrensmäßigen Relationen zu anderen Rechtssätzen bestimmt. Eine Rechtslehre, deren Grundbegriff das Sollen ist, befaßt sich immer nur mit dem „Verhältnis objektiver Gesetze", das heißt der objektiven Rechtssphäre „zu der subjektiven Unvollkommenheit des Willens" von Menschen, also einer metarechtlichen Beziehung, nicht mit den Beziehungen innerhalb der objektiven Rechtssphäre. Denn für den reinen Willen des Rechtes, für die Rechtserfahrung gelten keine Imperativen. Das Sollen ist hier am unrechten Orte, weil hier jeder Rechtssatz vollkommene, adäquate Erfüllung in verfahrensmäßigen Rechtsrelationen findet. Das „Sollen" ist ein Begriff der Ethik und Politik, für Kelsen, weil er Ethik und Politik mit formaler Logik zu rechtfertigen versucht — der klassische Versuch der Theologie! — ein Begriff der formalen Logik, aber eben niemals ein Begriff der reinen Rechtslehre, der Theorie der Rechtserfahrung.

Kelsen scheint sich dieses Sachverhaltes einigermaßen bewußt gewesen zu sein, da er nunmehr in seinem vorliegenden Werke — in welchem er sich immer wieder vor das für ihn unlösbare Problem des Zusammenhanges aller Rechtserscheinungen gestellt sieht — eine weitgehende Umdeutung des und seines Begriffes des Sollens versucht hat. War bisher „Sollen" der Ausdruck eines fundamentalen Gegensatzes gegenüber dem „Sein", so will nunmehr Kelsen das „Sollen" als besondere Art des „Seins", der „Realität" deuten:

---

[1]) Vgl. zu Kelsens Postulate einer statischen Methode der Jurisprudenz „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre" S. 97 ff, 100, 294, 397, 410, 466, 566, „Theorie der Souveränität", S. 44, 48, 117, 119 u. a. a. O.

Daß aber „Realität" eine Beziehung auf Empfindung bedeutet, wird gänzlich übersehen. „In einem ganz anderen Sinne als in demjenigen eines in kausaler Seinsbetrachtung gegebenen Motivationsprozesses tatsächlicher Herrschaftsbeziehungen wird von einer ‚Über- und Unter' Ordnung gesprochen, wenn damit — im Hinblick auf das Sollen gültiger Normen — das Verpflichtungsverhältnis dargestellt wird, demzufolge das eine Subjekt dem Willen eines anderen zu entsprechen hat. — Um vielfachen Mißverständnissen zu begegnen, denen die von mir vertretene ‚normative' Auffassung des Rechtes ausgesetzt ist, bemerke ich ausdrücklich, daß das ‚Sollen' (oder die Pflicht), die Aussageform aller Rechtssätze, keinerlei psychologischen Sinn hat. — Das ‚Sollen' ist für mich der Ausdruck für den spezifischen von dem Kausalnexus der Natur verschiedenen funktionalen Zusammenhang der Elemente im System des Rechtes, das Sollen als Gegensatz zum Sein nur der Ausdruck für den Gegensatz des Rechtssystems zum System der Natur. Gewiß kann man auch von einem ‚Sein' oder von einer ‚Wirklichkeit' des Rechts sprechen, nur ist das eben ein anderes Sein, eine andere Wirklichkeit als diejenige der Natur. — Es handelt sich um einen rein formalen Begriff, durch den allein der relative Wert des positiven Rechts als solcher, in seinem spezifischen Gegensatz zur Wirklichkeit des sozialen Lebens erfaßt werden kann, ohne zugleich zur Bedeutung eines absoluten Ideals aufzusteigen. Auf einen Ausdruck jenes eigentümlichen Gegensatzes, in dem die Rechtsordnung zu der Naturwirklichkeit des sozialen Lebens stehen kann — (nicht muß) — das Recht sagt: wenn a ist, so ist b, die soziale Wirklichkeit sagt: es ist a und dennoch ist b nicht, kann unmöglich verzichtet werden, wenn der spezifische Sinn des Rechtes im Verhältnis zur sozialen Wirklichkeit erfaßt werden soll. Allerdings nur in diesem Verhältnis. Davon abgesehen, nämlich innerhalb des Rechtssystems selbst, hat es keinen Wert, vom Sollen und von einem Gegensatz zwischen Sollen und Sein zu sprechen." (S. 8, 9). Das Recht wird also als ein „Sollen", als ein „Verpflichtungsverhältnis von Subjekten" bestimmt. Es ist ein vergebliches Bemühen Kelsens, einen psychologischen (und ethischen) Sinn aller dieser Begriffe ausschließen zu wollen. Denn das „Sollen" bedeutet immer nur die Beziehung von Imperativen auf die Subjektivität von Menschen.

Wenn also nunmehr Kelsen das „Sollen" lediglich als „Ausdruck



für den spezifischen, funktionalen Zusammenhang der Elemente im System des Rechtes" aufgefaßt wissen will, so muß dieser Auffassung nicht nur entgegengehalten werden, daß sie eine völlige Veränderung der seit Jahrhunderten feststehenden Bedeutung des Begriffes des „Sollens" einschließt, sondern auch, daß gerade der Begriff des „Sollens" als Korrelat des Dogmas von der normativen Beziehung des Rechtes auf menschliche Subjektivität die Annahme eines Rechtssystems, eines rechtsfunktionalen Zusammenhanges aller Rechtssatzerscheinungen ausschließt. Denn das „System des Rechtes" bedeutet, wie Kelsen selbst zugibt, ein spezifisches „Sein", die Rechtsrealität, innerhalb des Rechtssystems gibt es kein „Sollen". Und da die Theorie der Rechtserfahrung es ausschließlich mit der Analyse der innerhalb des Rechtssystems sich vollziehenden Relationen zu tun hat, ist eben das „Sollen" kein Begriff der reinen Rechtslehre. Kelsen sucht den Begriff des „Sollens" dadurch zu retten, daß er ihn als Kriterium des Rechtssystems gegenüber anderen Systemen verwenden will und vor allem das „Sollen" dem „Kausalnexus der Natur" gegenüberstellt. Der „Kausalnexus der Natur" ist aber eine im Systeme der Natur (in den Urteilen der Naturwissenschaft) sich vollziehende kategoriale Relation, kann also mit dem „Sollen", von dem innerhalb des Rechtssystems selbst zu sprechen, nach Kelsen keinen Wert hat, nicht in eine Vergleichsebene gestellt werden. Der allen diesen Widersprüchen der Kelsenschen Gedankengänge zugrunde liegende Widerspruch ist der, daß Kelsen sich wohl einerseits bewußt ist, daß das „Sollen" ein metarechtliches Kriterium des Rechtes darstellt, andrerseits aber das „Sollen" als Ausdruck für die rechtliche Gesetzlichkeit verwendet. Kelsen gerät also in die Schwierigkeit jeder Metajurisprudenz, metarechtliche Begriffe als irgendwie im Rechte wurzelnd erweisen zu müssen. Was übrigens die Frage der Abgrenzung des Rechtssystems vom Natursystem anlangt, so hätte Kelsen diese Frage nur einmal von Seiten des Natursystems aufrollen müssen, um vom Unwerte seines Sollensbegriffes überzeugt zu werden. Jedes Kriterium des Natursystems, von dem innerhalb des Natursystems zu sprechen, keinen Wert hat, würde sich eben als — Metaphysik entpuppen. So hat denn auch Kelsen als Ausdruck für das Natursystem den „Kausalnexus", also eine den Urteilen der Naturwissenschaft immanente Gesetzlichkeit gewählt, wie er ja durchgängig das „Sollen" als Ausdruck für die

dem Rechte immanente Gesetzlichkeit verwendet; ob aber das „Sollen" die dem Rechte immanente Gesetzlichkeit ist, bleibt erst zu untersuchen[1]).

Wie weit Kelsen von der Erfüllung seines Postulates einer reinen Rechtslehre entfernt und wie tief er in die Metajurisprudenz verstrickt ist, zeigen Ausführungen wie die folgenden: „Denn nur bei einem Primate der Völkerrechtsordnung erscheinen die Einzelstaaten auf der gleichen Rechtsebene — — — Und indem der Primat des Völkerrechts diese Funktion erfüllt, wird der Rechtsbegriff zugleich im formellen und materiellen Sinne vollendet: das Recht wird zur Organisation der Menschheit und damit eins mit der höchsten sittlichen Idee." (S. 205.) Vergeblich bemüht sich eben Kelsen das „Sollen" seines ethischen Charakters zu entkleiden, vergeblich stellt Kelsen fest: „Schließlich bemerke ich, daß der Begriff des Sollens, der für mich den Oberbegriff des Rechtes bildet, keinerlei materielle Bedeutung hat. Er führt durchaus nicht den Sinn irgend eines absolut Guten oder Richtigen mit sich. Es handelt sich um einen rein formalen Begriff — —" (S. 10.) Rein formale Begriffe sind aber mit Vorsicht zu verwenden: denn die jahrhundertelangen Spekulationen der Theologie und Rechtsdogmatik haben uns gelehrt, daß jede formale Logik, welche nicht an einer materialen, konstitutiven Sphäre orientiert ist, nur das Gewand der Materie ethisch-politischer Postulate bildet. Formale Logik und Ethik sind es auch, welche nach Kelsen das Recht konstituieren, wobei selbstverständlich, wie noch zu zeigen sein wird, das, was als Postulat der Logik auftritt, lediglich die Materie ethisch-politischer Postulate verhüllt.

Ferner wird davon gesprochen, daß die normative Erkenntnis es mit „einer ideellen Ordnung, als einem Normensystem, somit mit einer Idealität, nicht mit einer Realität" zu tun habe (S. 11). Und daß das Recht eine „Ideologie" sei, „deren normative Geltung und darin beschlossene Eigengesetzlich-

[1]) Es ist übrigens auch als eine sehr anfechtbare Aufstellung zu bezeichnen, wenn Kelsen den Gegensatz von Rechtsordnung und Naturwirklichkeit als verschiedene Verknüpfung der Elemente a und b bezeichnet. Denn kein Element kann gleichzeitig zwei verschiedenen souveränen Urteilszusammenhängen, Recht oder Naturwissenschaft angehören. Nur die Metajurisprudenz läßt a und b aus der Natur in das Recht eintreten. Kelsen übersieht eben völlig, daß die Eigenart eines Urteilszusammenhanges nur durch fortschreitende immanente Analyse bestimmt werden kann.

keit allein den wahren Wesenskern bildet" (S. 12). Das Recht erscheint hier also als „ideelle Ordnung", als „Idealität", als „Ideologie" im Gegensatze zur „Realität" der Natur[1]). Kelsen verkennt aber, daß jede Ordnung eine „ideelle Ordnung", weil eine von transzendentaler Gesetzlichkeit durchwaltete Ordnung ist, daß „Idealität" und „Realität" einander in der Erfahrungssphäre synthetischer Urteilszusammenhänge aufheben. Die reine, von keiner Realität getrübte „Idealität" gehört aber der Sphäre der Ethik an, wie ja Kant „Idee" und „Sollen" als Korrelate erwiesen, zugleich aber aufgezeigt hat, daß die Urteile der mathematischen Naturwissenschaft, welche allein die Erfahrung der Natur konstituieren, niemals mit den Ideen der reinen Kategorien, sondern mit den auf Empfindung bezogenen, schematisierten, restringierten und realisierten Kategorien arbeiten. Die „Idee" wird zum Symbol des „Sollens", die „Kategorie" zum „Symbol" des „Seins". Also dürfte Kelsen die „Idealität" des Rechtes nicht als „Rechtssystem", als „anderes Sein", „andere Wirklichkeit" dem System, dem Sein, der Wirklichkeit der Natur gegenüberstellen, sondern müßte einfach gestehen, daß sein „Recht" im Reiche des „Sollens", des „ethischen Wertes", nicht im Reiche des „Seins" der „Wirklichkeit", der „Erfahrung" wurzelt. Mit Recht zwar spricht Kelsen von der „Eigengesetzlichkeit" des Rechtes, aber das Prinzip dieser rechtlichen Eigengesetzlichkeit und damit das immanente Systemprinzip des Rechtes hat Kelsen nirgends aufgezeigt. Er behauptet bloß, wie noch näher zu zeigen sein wird, daß das Recht ein System sei, weil die Logik es so verlange, ohne zu untersuchen, ob überhaupt logische Erwägungen an das Recht heranreichen, ob nicht die Logik dem Rechte als Metajurisprudenz gegenübersteht.

„Dabei wird hier das Recht als Zwangsordnung, d. h. als ein System von Zwang anordnenden Normen vorausgesetzt. Der Zwang ist als charakteristischer Inhalt der Norm, nicht als Faktum aufgefaßt. Als gesollter Zwang kommt das Recht in Betracht, nicht als Tatsache des Zwanges, d. h. auf die Normativität, nicht die Faktizität kommt es an." (S. 13.) Kelsens Begriff des Zwanges — der an Kants Begriff des Rechtszwanges orientiert ist — be-

[1]) Das „Sollen" — nach Kelsen das Charakteristikum des Rechtes — ist doch aber wieder andererseits ein Ausdruck für das „Sein", die „Wirklichkeit", den „Funktionalzusammenhang" des Rechtes?

deutet aber wieder nur einen ethischen Begriff, welcher lediglich als Korrelat des „Sollens"-begriffes, in der Beziehung von Imperativen auf die Subjektivität von Menschen, Sinn hat. Kelsen sucht der mit dem Begriffe des Zwanges versuchten metarechtlichen Bestimmung des Rechtes dadurch zu entgehen, daß er den „Zwang" nicht als „Faktum", als „Tatsache", als „Faktizität", sondern als „charakteristischen Inhalt der Norm", als „gesollten Zwang", als „Normativität" aufgefaßt wissen will. Aber das, was Kelsen „Faktum" nennt, ist lediglich der Inhalt naturwissenschaftlicher Urteile. So kommt es also auch nicht darauf an, ob man den Zwang als charakteristischen Inhalt des Rechtes „auffaßt", sondern ob der Zwang ein charakteristischer Inhalt des Rechtes ist, d. h. ob die Urteile des Rechtes, nicht ob die Urteile des Betrachters des Rechtes einen Begriff des Zwanges enthalten. Das aber bezweifelt Kelsen gerade: denn er führt aus, daß „es sich bei jeder Definition des Rechtes nur um eine vorläufige und — vom rechtstheoretischen Standpunkt aus — vorwissenschaftliche Abgrenzung des Materials handeln könne". „Eine Definition des Rechtes, die auf die Angabe einer spezifischen Differenz zwischen Recht und anderen ähnlichen Gegenständen hinausläuft, ist nämlich nur unter einer Voraussetzung möglich, die vom immanenten Standpunkte des Rechtssystems nicht besteht: daß das Recht zugleich, weil im Vergleich mit anderen Gegenständen erkannt werden könne. Juristische Erkenntnis aber setzt das Recht als ausschließliches, in sich geschlossenes System, als eine Welt für sich. Innerhalb dieses Systems ist die Frage: Was ist Recht? als Frage nach einer spezifischen Differenz sinnlos, denn innerhalb dieses Systems gibt es nichts als Recht, ist alles Recht." (S. 13, 14.) Kelsen verwickelt sich also mit seinem Begriffe des „Zwanges" in den analogen Widerspruch, wie mit seinem Begriffe des „Sollens". Der „Zwang" ist zwar ein „charakteristischer Inhalt des Rechtes", aber doch „vom immanenten Standpunkte des Rechtssystems sinnlos", er ist zwar aus der Immanenz des Rechtes geholt, aber doch nur ein transzendentes Kriterium des Rechtes. Der Grund dieser Widersprüche liegt darin, daß Kelsen die Einsicht in die Eigengesetzlichkeit des Rechtes fehlt, daß alle seine Bestimmungen des Rechtes zwar nicht vorwissenschaftliche, aber vorrechtliche, metarechtliche Abgrenzungen des Materials bedeuten. Nicht

nur die Begriffe des „Sollens" und des „Zwanges", sondern auch die Begriffe „des eigenen Verhaltens des Staates" und des „menschlichen Verhaltens", des „Willen des Staates zum Vollzuge von Strafe und Exekution", der „Delegation, Ermächtigung und Verweisung", der „Ableitung" und andere analoge Begriffe sind lediglich mißglückte Versuche, aus einer metarechtlichen — ethischen, politischen, psychologischen und logischen — Sphäre in die Eigengesetzlichkeit, die souveräne Erzeugungsmethodik des Rechtes, das Rechtsverfahren, hineinzukommen. Nur die fortschreitende, immanente Analyse der im Rechtsverfahren sich betätigenden rechtlichen Erzeugungsmethodik führt zur Aufdeckung der „spezifischen Differenz" des Rechtes. Denn „Sollen" und „Zwang" als „Inhalt" des Rechtes sind eben nicht „Sollen" und „Zwang", sondern — Rechtsverfahren[1]). Das von Kelsen formulierte Problem der Unterscheidung des Rechtes von „ähnlichen Gegenständen" kann nur durch Untersuchung, durch immanente Analyse der Erzeugungsmethoden der zu unterscheidenden Urteilssysteme gelöst werden, wie ja auch Kelsen immer wieder spezifische Differenzen sucht, welche er als Inhalt des Rechtes behauptet, dann aber allerdings, weil er sich ihres metarechtlichen Charakters bewußt wird, als vom immanenten Standpunkte des Rechtes nicht vorhanden bezeichnet. Es wäre ja auch ein unmögliches Beginnen, ein transzendentes, vom immanenten Standpunkte der Naturwissenschaft irrelevantes Kriterium der Natur zu finden. „Natur" ist nach Kant „formaliter spectata der Inbegriff der Gesetze, materialiter spectata der Inbegriff der Erscheinungen". Eine transzendente Bestimmung der Natur führt zur Metaphysik des Gottesbegriffes, eine transzendente Bestimmung des Rechtes — als welche sich ja das Suchen nach dem „Begriffe", der „Definition"

[1]) Es sei hier nur flüchtig angedeutet, daß das alte, immer wieder aufgeworfene Problem des „Zwanges im Rechte", des „Rechtszwanges", der „Zwangsgewalt des Rechtes" für die Theorie der Rechtserfahrung lediglich das Problem des Rechtsverfahrens bedeutet. „Kein Recht ohne Zwanggewalt" heißt: daß das Verfahren die souveräne Erzeugungsmethodik der Urteile des Rechtes ist. Vgl. vorläufig zum Probleme des Rechtsverfahrens meine in der „Zeitschrift für öffentliches Recht" veröffentlichten Abhandlungen „Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung", „Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens" (I. Band 1919 und 1920, in diesem Bande auch S. 529—548), ferner „Alte und neue Staatsrechtslehre" (II. Band 1921).

des Rechtes darstellt — zur Metajurisprudenz der Staats- und Menschenbegriffe.

„Macht oder Gewalt und Recht schließen einander aus. Und wenn man sich etwa hinter die beliebte Terminologie der ‚Rechtsmacht' und ‚rechtlich geordneten Gewalt' zurückzuziehen sucht, so kommt man eben doch nicht über die Tatsache hinweg, daß Rechtsmacht nur eine vom Recht verliehene Macht, also überhaupt keine Macht im eigenen Sinne, sondern eine Kompetenz ist und daß rechtlich geordnete Gewalt aufhört, Gewalt zu sein, sich vielmehr nur als Inhalt einer Ordnung darstellt, die als solche allein der juristischen Betrachtung relevant ist." (S. 17.) Diesen Gedanken Kelsens muß allerdings zugestimmt werden. Nur daß eben Kelsen entgegenzuhalten ist, daß auch „Sollen" oder „Zwang" und Recht einander ausschließen, und wenn man sich etwa hinter die beliebte Terminologie des „rechtlichen Sollens" und des „rechtlich geordneten Zwanges" zurückzuziehen sucht, man eben doch nicht über die Tatsache hinweg komme, daß „rechtliches Sollen" und „rechtlicher Zwang" nur ein vom Rechte statuiertes Sollen und ein vom Rechte verliehener Zwang, also überhaupt kein Sollen und kein Zwang im eigenen Sinne, sondern Rechtsverfahren sind und daß rechtlich geordnetes Sollen und rechtlich geordneter Zwang aufhören, „Sollen" und „Zwang" zu sein. Auch „Kompetenz" bedeutet lediglich die Möglichkeit oder Wirklichkeit von Rechtsverfahren, ist keine hinter den Verfahren stehende Substanz, sondern löst sich in verfahrensmäßige Rechtssatzfunktionen auf. Freilich besagt es nichts, wenn behauptet wird, daß „Gewalt" für die juristische Betrachtung lediglich als „Inhalt einer Ordnung relevant sei". Denn „Ordnung" ist jeder Zusammenhang von Urteilen, „Inhalt einer Ordnung" ist also „Gewalt" auch als Inhalt der Urteile der Soziologie oder Psychologie. Für die juristische Betrachtung aber kommt es gerade darauf an, die erzeugende Methodik jener Ordnung aufzuklären, welche sich als „Recht", als Zusammenhang der Urteile des Rechtes darstellt. Da aber Kelsen die Einsicht in das Wesen der Rechtsordnung mangelt, wird seine „Ordnung" zu einer logischen oder ethischen, also metarechtlichen Ordnung. Die Rechtsordnung ist ihm ein „System von objektiv gültigen Normen menschlichen Verhaltens (S. 17). Die „Rechtsordnung" ist also eine Ordnung, die das Verhalten von Menschen ordnet. Diese

Menschen müssen als „zu ordnende" außerhalb der Rechtsordnung stehen, sind also ein metarechtlicher — ethischer — Beziehungspunkt der Imperative des Rechtes, durch welches ihr ursprünglich „ungeordnetes" Verhalten „geordnet" wird. Kelsen hat nicht die Imperativtheorie — welche das Recht in die Beziehung zur Subjektivität von Menschen einstellt, also jede Möglichkeit eines rechtlichen Zusammenhanges der Rechtserscheinungen, jedes Rechtssystem unmöglich macht — sondern lediglich eine besondere Art der Imperativtheorie, nämlich die Imperativanerkennungstheorie, welche die Geltung, die Existenz des Rechtes von einer bestimmten, der Anerkennungsbeziehung zu Menschen, abhängig macht, bekämpft. So bedeutet für Kelsen die „objektive Gültigkeit" der Norm ihre Unabhängigkeit von einer bestimmten Beziehung zu Menschen, nicht ihre Loslösung von jeder Beziehung zur menschlichen Subjektivität, ihren kontinuierlichen verfahrensmäßigen Zusammenhang mit allen anderen Rechtserscheinungen. Kelsens Begriff der „Gültigkeit" ist ein Begriff der Ethik, nicht der reinen Rechtslehre. „Das Sollen ist wie das Sein eine absulute Denkform, der logische Gegensatz von Sein und Sollen ist aber von dem Gegensatze des absoluten und relativen Wertes ganz unabhängig." (S. 33.) Wurde früher das Recht von Kelsen als ethische Ordnung betimmt, so erscheint es nunmehr als logische, als Denkordnung, Wie kann sich aber Kelsen der Frage entziehen, ob sinnvoll behauptet werden könne, daß die Rechtsordnung — deren Charakteristikum doch das „Sollen" bildet — eine logische, eine Denkordnung sei? Wie ist es, wenn überhaupt von einer „Eigengesetzlichkeit" des Rechtes gesprochen werden soll, möglich, daß diese Eigengesetzlichkeit in einer Denkform wurzelt, welche Bedeutung haben logische Gegensätze für eine reine Rechtslehre, welche es doch nur mit rechtlichen Gegensätzen zu tun haben kann? Kelsens Metajurisprudenz wurzelt allerdings in dem fundamentalen Irrtum seiner Rechtslehre, welcher sich auf das Wesen der Rechtswissenschaft und ihr Verhältnis zum Rechte bezieht und noch aufgedeckt werden soll. Nur die durchgängige Vermengung zweier Urteilssphären, nämlich der sekundären Sphäre der analytischen Urteile der Rechtswissenschaft mit der primären Sphäre der synthetischen Urteile des Rechtes konnte Kelsen veranlassen, von seinem Ziele einer reinen Rechtslehre in das Gebiet der Metajurisprudenz abzuschweifen.



„Nur eines Menschen Verhalten kann vernünftigerweise Inhalt einer Norm, speziell einer Rechtsnorm sein." (S. 34.) „Zunächst bedarf es einer Richtigstellung der allgemein verbreiteten Vorstellung, die nicht nur im vorliegenden Falle, sondern auch sonst die Quelle von Irrtümern ist: daß das Recht ‚Beziehungen' oder ‚Verhältnisse' zwischen Subjekten regelt, so zwar, daß zu den irgendwie schon vorher gegebenen ‚Beziehungen' das Recht ordnend hinzutrete. Das Recht regelt menschliches Verhalten, statuiert Pflichten und Berechtigungen, die menschliches Verhalten beinhalten. Erst durch die rechtliche Regelung werden die für die juristische Betrachtung relevanten ‚Beziehungen' oder ‚Verhältnisse' hergestellt, wird eine gegenseitige Bezogenheit, wird die Einheit der durch die Rechtsordnung statuierten Handlungen oder Unterlassungen ‚erzeugt'. Bedient man sich der Hilfsvorstellung des Rechts- oder Normsubjektes als der Person, der die von der Rechtsordnung als gesollt gesetzten Handlungen oder Unterlassungen zugerechnet werden, dann muß man sich bewußt bleiben, daß eine unmittelbare Beziehung zwischen den ‚Personen' juristisch nicht besteht. Das Rechtsverhältnis ist ein Verhältnis zur Rechtsordnung, richtiger: innerhalb der Rechtsordnung, nicht ein Verhältnis zwischen — der Rechtsordnung gegenüberstehenden — Rechtssubjekten." (S. 125.) „Man darf aber niemals aus dem Auge verlieren, daß es letztlich immer nur menschliches Verhalten ist, das den Gegenstand der rechtlichen Normierung bildet. Auch Pflichten und Rechte des Staates haben keinen anderen Inhalt als menschliches Verhalten, so wie Handlungen des Staates nur menschliche Handlungen sind, auf die Einheit der Rechtsordnung bezogen, dem ‚Staate', dieser Personifikation dieser Rechtsordnung, zugerechnet werden. Es ist nicht einzusehen, warum die staatliche Rechtsordnung nicht ein menschliches Verhalten als gesollt statuieren können sollte, das ebenso als Inhalt einer Pflicht des Staates einem anderen Staate gegenüber gedeutet oder, was dasselbe ist: juristisch konstruiert werden kann, wie der Inhalt irgend einer völkerrechtlichen Norm. Fragt man sich zunächst einmal, was eigentlich die Konstruktion einer Pflicht oder Berechtigung des Staates bedeute, so ergibt sich ein von der Rechtsordnung als gesollt gesetztes menschliches Verhalten, das auf Grund besonderer juristischer Kriterien mit der Personifikation der Rechtsordnung, dem Staate,

verknüpft wird. Es würde in diesem Zusammenhange zu weit führen, zu zeigen, daß schlechterdings jede von der Rechtsordnung statuierte Pflicht oder Berechtigung als solche des Staates konstruiert werden, daß jede Erfüllung einer Pflicht oder Geltendmachung einer Berechtigung letzten Endes dem ‚Staate' zugerechnet, als Staatsakt angesehen werden kann, daß es keine feste Schranke gibt, die verhindern könnte, den Staat als die einzige Person des Rechtes, als die Rechtsperson κατ' ἐξοχήν zu erkennen." (S. 128.) Was „vernünftiger Weise" Inhalt des Rechtes sein kann, hat aber für eine reine Rechtslehre gar kein Interesse. Sie hat es nur mit dem zu tun, was „rechtlicher Weise" Inhalt des Rechtes ist. Vom Standpunkte der Ethik und Politik allerdings kann die Frage aufgeworfen werden, ob Imperative „vernünftiger Weise" nur an Menschen — oder auch an Tiere und Sachen zu richten sind. Für die Theorie der Rechtserfahrung steht nur zur Frage: ob der Inhalt des Rechtes „menschliches Verhalten" sei. Diese Frage ist aber glatt zu verneinen. Der „Mensch" und sein „Verhalten" sind außerrechtliche Tatbestände, die in Rechtsverfahren niemals auftreten [1]). Nur darum spricht Kelsen von „menschlichem Verhalten", weil er das Korrelat seines „Sollens", die menschliche Subjektivität, für die reine Rechtslehre retten möchte. Was aber Kelsen dem Begriffe der „Gewalt" entgegenhält und was seinen Begriffen des „Sollens" und des „Zwanges" entgegengehalten wurde, muß auch seinem Begriffe des „menschlichen Verhaltens" entgegengehalten werden: ein „menschliches Verhalten" als Inhalt des Rechtes ist kein „menschliches Verhalten im eigenen Sinne", ist überhaupt kein „menschliches Verhalten", sondern bedeutet eine subjektivistische, metarechtliche Deutung objektiver Verfahrensrelationen. Freilich nicht die juristische Betrachtung, nicht

[1]) Wenn Kelsen betont, daß für die Rechtswissenschaft „menschliches Verhalten" nur als „Inhalt einer Norm" in Betracht käme, so arbeitet offenbar Kelsen mit einem doppelten Begriffe des „menschlichen Verhaltens". Denn einerseits wenden sich die Normen des Rechtes — wenn sie überhaupt „Normen" bleiben sollen — an ein von ihnen verschiedenes, durch sie zu regelndes „menschliches Verhalten", andererseits stellt sich nach Kelsen auch der Inhalt der Normen als „menschliches Verhalten" dar. Das rechtliche „menschliche Verhalten" normiert das metarechtliche „menschliche Verhalten", beide „Verhalten" sind korrelative Begriffe, welche beide mit der Überwindung des Dogmas von der primär normativen Natur des Rechtes fallen.

die Rechtswissenschaft, sondern das Recht erzeugt erst in Rechtsverfahren alle Rechtsverhältnisse, alle Rechtselemente. „Das Rechts- oder Normsubjekt" oder die „Person", also die rechtswissenschaftliche Form der Menschhypostase, ist aber eine Hilfsvorstellung der Urteile über das Recht, nicht eine Vorstellung der Urteile des Rechtes, bedeutet die von ethisch-politischen Gesichtspunkten geleitete Zusammenfassung und Beziehung gewisser Verfahrensrelationen auf einen metarechtlichen Beziehungspunkt. Nur vom Gesichtspunkte der ethischen Zurechnung als Korrelat des „Sollens" treten die rechtlichen Tatbestände in die „Gruppen der Personen" (zurechnungsfähiger Tatbestände) und der „Sachen" (zurechnungsunfähiger Tatbestände) auseinander. Für eine reine Rechtslehre aber, die es nur mit der Analyse von Rechtsverfahren zu tun hat, besteht kein „menschliches Verhalten", weil „Mensch" und „Verhalten" sich in Rechtssatzfunktionen auflösen. Kelsen hat eben die Hypostase des Menschen nirgends aufgelöst, reduziert lediglich den Staat — diese Hypostase von Hypostasen — auf die Hypostase des Menschen, nicht aber auf reine Rechtsrelationen [1]). Allerdings deutet Kelsen an, daß letzten Endes — das heißt wohl für eine reine Rechtslehre — jedes menschliche Verhalten, jede Erfüllung einer Pflicht und jede Geltendmachung einer Berechtigung dem Staate zugerechnet, soll heißen als Rechtsverfahren, erkannt wird. Ist nach Kelsens Formulierung das Recht ein „Wille des Staates zu eigenem Verhalten", so kann es gleichzeitig nur dann menschliches Verhalten sein, wenn eben der Staat auf Menschen reduziert wird. Löst man aber auch die Hypostase des „Menschen" auf, reduziert sie auf verfahrensmäßige Rechtssatzfunktionen, so zeigt sich, daß die reine Rechtslehre es weder mit dem „Verhalten des Staates", noch mit dem „Verhalten von Menschen", sondern lediglich mit dem „Verhalten des Rechtes", mit Rechtsverfahren zu tun hat. Kelsen selbst sieht sich übrigens genötigt, seine Lehre vom menschlichen Verhalten als ausschließ-

[1]) Die Lehre von den letzten Elementen, welche in den Urteilen des Rechtes auftreten, aus welchen sich die Gegenstände des Rechtes konstituieren, also die Lehre von der Struktur der rechtlichen Materie, ist noch nicht einmal als Problem formuliert worden. Ausschließlich die fortschreitende Analyse der Urteile des Rechtes, in welchen jene Elemente erzeugt werden, kann zu ihrer Erkenntnis führen.

ordnung mit Rechtsfolgen verknüpfte menschliche Willensäußerung systematisch die gleiche Stellung einnimmt, wie etwa die sogenannten rechtserheblichen Ereignisse, das heißt Tatbestände, die keine menschlichen Willensäußerungen sind, und an die die Rechtsordnung ebenso wie an die letzteren Pflichten und Rechte, die Entstehung und Beendigung von Rechtsverhältnissen anknüpft. Ob die Rechtsnormen an die Bedingung eines eingetretenen Hochwassers oder an den generellen oder individuellen Befehl einer Verwaltungsbehörde oder an den Vertragsabschluß zweier Kontrahenten Pflichten und Rechte bestimmter Personen bindet, mag materiell sehr verschieden beurteilt werden. In der für die juristische Konstruktion und Systematik relevanten formalen Beziehung haben die Tatsachen des Hochwassers, des Verwaltungsbefehls und des Vertragsabschlusses die gleiche Stellung, nämlich als Bedingung für Rechtspflichten und Berechtigungen, für die Entstehung und Beendigung von Rechtsverhältnissen. Als Bedingung, das heißt als Grund einer Folge, nicht als Ursache einer Wirkung." (S. 193.) Hier wird ausgesprochen, daß auch Tatbestände, die nicht „menschliches Verhalten" darstellen, Inhalt des Rechtes sein können. In diesen Widerspruch wird aber Kelsen nur verwickelt, weil er mit metarechtlichen — ethischen und logischen — Deutungsbegriffen an das Recht herantritt, statt sich auf eine immanente Analyse der in Rechtsverfahren auftretenden Tatbestände zu beschränken. Der „vernünftiger Weise", das heißt von der Vernunft des ethischen und logischen Naturrechtes angenommene Inhalt des Rechtes, deckt sich eben niemals mit dem wirklichen Inhalt des Rechtes, welche Diskrepanz gerade der Grundfehler der Rechtsdogmatik ist. Nur eine Differenz scheint zwischen den einen und den anderen Tatbeständen zu bestehen: nur jene, die rein „menschliches Verhalten"

darstellen, können mit Rechten und Pflichten verknüpft, können Rechts- und Pflichtsubjekte werden. Es ist der metarechtliche — ethische — Unterschied zwischen „Personen" und „Sachen", zurechnungsfähigen und zurechnungsunfähigen Tatbeständen, welcher Kelsen verleitet hat, a priori und grundsätzlich das Verhalten von „Menschen", an welche allein die Imperative des Gesetzes gerichtet werden können, als ausschließlichen Inhalt des Rechtes anzunehmen, womit neuerlich klar wird, das Kelsen die Grundannahmen der Imperativtheorie nicht überwunden hat[1]).

Da Kelsen das „Sollen" als eine „formallogische Kategorie" ansieht, wird ihm das „Sollen" zur „Form" des Rechtes, mit welcher allein sich die Rechtswissenschaft zu befassen hat, während der „Inhalt" des Rechtes Gegenstand der Metajurisprudenz ist. „Nicht bloß wegen der Beschränkung auf eine normative Betrachtungsweise ist die Jurisprudenz der Gefahr ausgesetzt, die ihr durch die Methode gesetzten Schranken zu durchbrechen und sich an die Bewältigung von Aufgaben zu wagen, denen ihre spezifischen Mittel keineswegs gewachsen sind. Noch eine zweite Grenze ist der Rechtswissenschaft gezogen und diese läuft zwischen dem anderen der beiden großen Gegensatzpaare, von denen meine Untersuchungen ausgehen: zwischen Inhalt und Form. Man scheint nur eine Binsenwahrheit mit der Behauptung auszusprechen, daß die Jurisprudenz eine formale Disziplin ist, und kein Theoretiker dürfte diese Anschauung prinzipiell in Frage stellen. Dennoch wird in der neueren juristischen Literatur kaum gegen ein anderes Prinzip so sehr verstoßen, als gerade dagegen. Zwar ist dieses Resultat sicherlich zum Teil dadurch zu erklären, daß der Gegensatz von Form und Inhalt ein relativer ist und mit dem jeweiligen subjektiven Standpunkte des Betrachtens wechselt, so daß, was das eine Mal als Form erscheint, das andere Mal als Inhalt gelten kann. Allein selbst die Relativität des Gegensatzes in Rechnung gezogen, läßt sich doch ganz allgemein die Tendenz beobachten, juristische Erkenntnisse jenseits aller formalen Spekulation zu suchen. Und dieses Streben, daß die größte Gefahr der Begriffsverwirrung mit sich bringt, ist freilich psychologisch nicht schwer zu begreifen, wenn man sich die notwendige Einseitigkeit

---

[1]) Es ist ein bemerkenswertes Verdienst Wenzels, die Lehre vom „menschlichen Verhalten" als ausschließlichem Inhalte des Rechtes, bekämpft zu haben. Vgl. seine „Juristischen Grundprobleme", S. 73 u. a. O.

und Dürftigkeit rein formaler Resultate vergegenwärtigt. Es scheint in der Natur des menschlichen Geistes gelegen zu sein, so wie er eher auf die Realität als die Idealität, die Welt des Seins leichter als die des Sollens sich richtet, auch lieber dem Materiellen als dem Formalen, dem Inhalte der Dinge mehr als ihrer Form zugänglich zu sein, sich stärker für das Was, denn für das Wie zu interessieren. Zumal der vulgären Anschauung, dem ‚gesunden Menschenverstande‘, ist diese Tendenz zur Realität und Materialität eigen und eine lediglich auf das Ideale und Formale gerichtete Betrachtung fremd, wenn nicht gar unmöglich. Gerade die mit den Grundbegriffen des Rechtes befaßte Jurisprudenz ist mehr als irgendeine andere Wissenschaft versucht, der vulgären Anschauung Opfer zu bringen, wenn sie sich verpflichtet glaubt, dem populären Sprachgebrauche, der sich aus naheliegenden Gründen gerade dieser Grundbegriffe mehr als deren einer anderen Disziplin bedient, Rechnung zu tragen, dabei aber vergißt, daß es diesem Sprachgebrauche, den Bedürfnissen des täglichen Verkehrs entsprechend, regelmäßig nur auf den Inhalt der totalen Rechtserscheinung ankommt, deren Form allein die Wissenschaft der Jurisprudenz zu erfassen hat. Der unerträgliche Zustand, in dem sich die Grundbegriffe der Jurisprudenz befinden, ist zum größten Teile darauf zurückzuführen, daß hinter ein und demselben Worte, obgleich es für die Ergebnisse zweier völlig verschiedener Betrachtungsweisen gebraucht wird, ein einheitlicher Begriff gesucht und natürlich nur auf die gewaltsamste Weise gebildet wird. Auch hier liegt eine Quelle der Fiktion. Und wenn ich in dieser Richtung meinen eigenen Standpunkt mit den Worten Max Webers (die ‚Objektivität‘ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis in Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 19. Bd. der neuen Folge, 1. Bd., S. 45) präzisieren darf, so liegt die Eigenart des Erkenntniszieles meiner Arbeit darin, daß diese über eine rein formale Betrachtungsweise der rechtlichen Normen nicht hinausgehen will, weil meiner Ansicht nach in dieser Beschränkung das Wesen der formal-normativen Betrachtungsweise der Jurisprudenz überhaupt gelegen ist. Damit glaube ich gleich von Anfang an allen Einwänden begegnet zu sein, die den ‚Formalismus‘ meiner Ergebnisse betreffen. Daß man sie trotzdem erheben wird, und noch dazu mit allen Spitzen, die man nun einmal mit dem Vorwurfe des formalistischen in unserer mehr als in einer Richtung materia-

listischen Zeit verbindet, des bin ich gewiß. Doch muß ich darauf verzichten, mich jenen verständlich zu machen, denen das formal-theoretische Bedürfnis nach festgefügten juristischen Grundbegriffen fehlt — und nur theoretischen, nicht praktischen Bedürfnissen dient meine Arbeit, und nur auf dem Wege formaler Spekulation läßt sich dieses Ziel erreichen. Auch fürchte ich mich nicht vor dem Vorwurfe, aus der Not eine Tugend gemacht zu haben; denn ich meine: Es ist besser, aus der wissenschaftlichen Not eine methodologische Tugend zu machen, als durch eine methodologische Untugend die wissenschaftliche Not beseitigen zu wollen." („Hauptprobleme", S. VIII.) Aber die „Relativität" des Gegensatzes von Form und Inhalt bedeutet nicht, daß er „mit dem jeweiligen subjektiven Standpunkte des Betrachtens wechselt", also einen subjektivistischen Relativismus, sondern eine objektive Korrelativität innerhalb eines Erfahrungszusammenhanges: „Form" und „Inhalt" stehen innerhalb der Erfahrung in unauflöslicher Korrelation zueinander[1]). Nur deshalb,

[1]) Kelsen scheint zu übersehen, daß Kant den scholastischen Gegensatz von „Form" und „Inhalt", der ein Symbol für den unüberbrückbaren Gegensatz der Postulate der formalen Logik und des Seins der Erfahrung war, überwunden hat, indem er in der transzendentalen Deduktion der Verstandesbegriffe zeigte, daß „Form" und „Inhalt" lediglich verschiedene Relationen innerhalb der Einheit des synthetischen Urteiles darstellen, ihre Auseinanderlösung gerade zur dogmatischen Ontologie der Metaphysik führt. Vgl. Kants Ausführungen über die „Amphibolie der Reflexionsbegriffe" von „Materie und Form". „So tritt diese Form in Gegensatz zum Inhalte als dem durch sie geformten Stoffe. Aber wenn schon nicht abzusehen ist, wie dieser in der Tat durch das, was als Form bezeichnet wird, geformt sein soll, so ist erst recht die Gleichgültigkeit dieser Form gegen alle Besonderheiten des Inhaltes völlig ausreichend, um diese Auffassung definitiv zu beseitigen." (Schuppe, „Erkenntnistheoretische Logik", S. 21). „Es gibt kein Gelten, das nicht ein Gelten betreffs, ein Gelten hinsichtlich, ein Hingelten wäre; es gibt nicht eine sich selbst genügende, selbständige, nicht anlehnungsbedürftige, auf nichts außer sich angewiesene, zugeschnittene, berechnete Region von eitel Geltungsgehalt. Man kann diese Unselbständigkeit, diese Unerläßlichkeit, an einem andern und für ein anderes zu sein, einer ehrwürdigen Terminologie entsprechend, den Formcharakter des Geltens nennen. Geltungsgehalt ist bloße leere, der Erfüllung mit ‚Material' oder ‚Inhalt' harrende Form. Alles Geltende ist ein inhaltliche Erfüllung erwartendes Hingeltendes, ein etwas anderes Betreffendes und bedarf eines Materials als des Betroffenen." (Lask, „Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre", S. 31). Vgl. ferner Cohen, „Logik der reinen Erkenntnis", 2. Aufl., S. 58 ff.

weil Kelsen das Recht als ideale Form des Sollens im Gegensatze zum Sein betrachtet, gelangt er zu der Auffassung, daß Jurisprudenz eine formal-ideale Disziplin sei. Es ist aber bereits eine bedenkliche Aufstellung, wenn behauptet wird, daß die Jurisprudenz es nur mit den Grundbegriffen des Rechtes, nicht mit der totalen Rechtserscheinung zu tun habe. Denn die Grundbegriffe des Rechtes, die Rechtskategorien, sind in den synthetischen Urteilen des Rechtes mit dem Inhalte des Rechtes unlösbar verwoben. Von ihnen gilt, was Kant von den Kategorien der Naturwissenschaft sagt, daß sie nämlich nur in Beziehung auf mögliche Erfahrung objektive Realität gewinnen, außerhalb dieser Erfahrung aber bloße Gedankenformen darstellen, mit welchen sich eben gerade die rationale Ontologie der dogmatischen Metaphysik in ihren „formalen Spekulationen" beschäftigt. Alles Recht ist als positives Recht inhaltliches, weil auf rechtserhebliche Tatsachen bezogenes Recht: nur daß eben gewisse, in allen Tatbeständen beharrende Inhalte als „Formen" von den übrigen, lediglich an bestimmten Tatbeständen dargestellten Inhalten sich abheben. Ferner aber wäre nach Kelsen neben der bloß mit den Grundbegriffen des Rechtes beschäftigten formalen Jurisprudenz noch eine andere materiale Jurisprudenz nötig, welche sich mit den nach Abzug der Grundbegriffe von der totalen Rechtserscheinung verbleibenden Erscheinungen beschäftigen müßte. Dieser materialen Jurisprudenz könnte aber, da sie sich ja auch mit Rechtserscheinungen beschäftigen würde, keineswegs der Vorwurf gemacht werden, daß sie die Grenzen juristischer Erkenntnis überschreite. Kelsen postuliert jedoch nirgends eine solche materiale Jurisprudenz, weil er der Ansicht ist, daß die „totale Rechtserscheinung" sich aus einer rechtlichen Form und einem metarechtlichen Inhalte zusammensetze. „Einen Zweck aber hat die Norm nur insofern, als sie zum Gegenstande teleologischer Betrachtung gemacht wird: Und diese Betrachtung ist keineswegs die einzig mögliche. Eine methodisch völlig verschiedene liegt vor, wenn die Norm nicht auf den Zweck hin, sondern auf das Sollen geprüft wird. Zwar, wenn man nach dem Inhalt des Sollens fragt, das die Norm statuiert, nach dem, was auf

Grund der Norm gesollt ist, dann kommt man, auf einem anderen Wege, so doch zu demselben Resultat, wie wenn man teleologisch fragte: Was bezweckt die Norm? Denn der Inhalt des Sollens ist eben der Zweck. Allein neben dieser materiell-normativen Problemstellung (das heißt einer auf den Inhalt des Sollens gestellten) ist auch eine rein formale möglich; diese richtet sich nicht auf den Inhalt der Norm, sondern auf deren Form; es fragt sich hiebei nicht, was gesollt, sondern wie gesollt wird, auf welche Weise, in welcher äußeren Gestalt die Norm das Sollen statuiert (oder in der teleologischen Terminologie: Wie der Zweck verfolgt wird, was inhaltlich dieselbe Antwort ergibt). Diese letztere formal-normative Fragestellung ist von besonderer Bedeutung für die Methode der Rechtswissenschaft. Denn nur auf diesem Wege gelangt sie zur Lösung des ihr spezifischen Problems in Bezug auf den Rechtssatz. Das haben ja die Normen mit allen übrigen Normen gemein, daß sie ein Sollen (das heißt subjektive Pflichten) statuieren. Und auch bezüglich des Inhaltes werden die Normen des Rechtes mit solchen der Sitte, Sittlichkeit oder Religion übereinstimmen. Wenn es also überhaupt selbständige, von den Moralgesetzen und sonstigen sozialen Normen verschiedenen Normen des Rechtes gibt, dann kann deren spezifische Wesenheit nur in ihrer Form gelegen sein, in der Art und Weise, wie das rechtliche Sollen, die Rechtspflicht statuiert wird. Darum ist es die besondere Aufgabe der Jurisprudenz, diese spezifische Form des Rechtssatzes festzustellen." („Hauptprobleme", S. 69.) Wenn aber der Inhalt des Rechtes mit den Inhalten der Sitte, Sittlichkeit oder Religion übereinstimmt, ist es ein metarechtlicher Inhalt, den die rechtliche Form in sich birgt. Allerdings ist Kelsens Suchen nach einer spezifischen Form der Rechtsnorm vergeblich: Denn solange „Recht" als „Norm" aufgefaßt wird, gibt es überhaupt kein spezifisches, von der Moral verschiedenes positives Recht, welches sich als von der Moral, der Ethik verschieden nur dann darstellt, wenn es nicht auf menschliche Subjektivität bezogene Normen, sondern einen kontinuierlichen, also objektiven Zusammenhang synthetischer Urteile bedeutet. In diesem Sinne freilich umschließt Kelsens Rechtsform einen ihr adäquaten, weil ethischen

Inhalt, sind also Form und Inhalt des Rechtes — metarechtlicher Natur. „Die Eliminierung des Zweckmomentes aus der juristischen Begriffsbildung läßt die Rechtsbegriffe nur als formale Kategorien bestehen. Die gegen eine teleologische Konstruktion gerichtete Methode der Rechtswissenschaft geht von der Voraussetzung aus, daß die Jurisprudenz nur die Form einer Erscheinung zu berücksichtigen hat, mit deren Inhalt sich die Soziologie, die historisch-politischen Disziplinen zu befassen haben, einer Erscheinung, die man immerhin in ihrer Totalität als ‚Recht' bezeichnen mag, wenn man sich dann nur bewußt bleibt, daß der ‚Rechts'wissenschaft mit ihren spezifischen Erkenntnismitteln nur eine Seite dieser ‚Rechts'erscheinung zugänglich ist." („Hauptprobleme", S. 92.) In Kelsens Gedankengängen ergibt sich also der seltsame Sachverhalt, daß die Form des Rechtes in der Denkform des Sollens, der Inhalt des Rechtes in soziologischen und historischen Tatsachen besteht, Kelsens „Recht" sich also aus durchaus metarechtlichen Elementen aufzubauen scheint.

Aus Kelsens Auffassung des Gegensatzes von „Form" und „Inhalt" des Rechtes ergeben sich seine Ansichten der Gegensätze von „Geltung" und „Inhalt", „Geltung" und „Wirksamkeit" des Rechtes. „Wenn ich die individuelle Rechtsnorm eines Urteils, Verwaltungsaktes oder Rechtsgeschäftes auf die generelle Norm des Gesetzes, das Gesetz wieder auf die noch allgemeinere Norm der Verfassung und die Verfassungsnormen schließlich auf eine allgemeine höchste, den logischen Ursprung darstellende Norm zurückführe, die als juristische Hypothese die verfassunggebende Autorität einsetzt, so bin ich mir wohl bewußt, daß die Verfassung ihre rechtlich relevante Geltung zwar aus der vorausgesetzten Ursprungsnorm, ihren Inhalt aber aus dem empirischen Willensakt der konstituierenden Autorität holt, ganz ebenso wie das Gesetz seine Geltung aus der Verfassung, seinen Inhalt aber aus dem Faktum des Gesetzesbeschlusses, das Urteil seine Geltung aus dem Gesetz und seinem Inhalt aus dem Faktum des richterlichen Willensaktes hernimmt. Die logische „Erzeugung" des Rechtes aus der Ursprungsnorm vollzieht sich stufenweise in stetem Bezug auf ein paralleles Faktum, das aber doch nur — wie die psychologischen Tatsachen im Verhältnis zu den logischen Geltungen — die conditio sine qua non, nicht aber die conditio per quam des Rechts auf seinen ver-

schiedenen Stufen, in seinem für den Juristen entscheidenden Geltungsaspekte ist." (S. V.) Es ist aber durchaus nicht einzusehen, warum etwas, dessen eine (formale) Komponente, die Geltung, aus der Logik, dessen andere (materiale) Komponente aus der Psychologie geholt ist, gerade „Recht" genannt wird. Kelsens Begriff des „Sollens" als logischer Form des Rechtes, mit welcher allein die Jurisprudenz es zu tun habe, bringt ihn in konstantem Widerspruch mit seinen Postulaten der Reinheit der juristischen Methode und des Positivismus. Kelsens Rechtsbegriff läßt das Recht zwei metarechtliche Komponenten, nämlich eine logische Form und einen psychologischen Inhalt umfassen. Es ist nicht abzusehen, wie nach dieser Anschauung „Recht" überhaupt eine souveräne Sphäre bedeuten kann.

„Geltung" und „Inhalt" sind gleich „Form" und „Inhalt" korrelative Begriffe, lassen sich nur durch reflektierende Analyse aus der Einheit synthetischer Urteile herauslösen: „Geltung" und „Inhalt" eines souveränen Urteilszusammenhanges können nicht verschiedenen, jenen Urteilszusammenhang transzendierenden Sphären — „Geltung" des Rechtes kann nicht der Logik, „Inhalt" des Rechtes kann nicht der Psychologie — angehören, sondern „Geltung" und „Inhalt" sind von der einen Art jenes Urteilszusammenhanges, aus dessen synthetischer Einheit sie die reflektierende Analyse herausgelöst hat. Die Frage der Geltung des Rechtes läßt sich von der Frage des Inhaltes des Rechtes insoweit nicht trennen, als ja die „Geltung des Rechtes" gerade den kontinuierlichen Zusammenhang der Inhalte des Rechtes bedeutet. Denn für die Theorie der Rechtserfahrung handelt es sich immer nur um die Frage der „Geltung", das heißt der Realität der einzelnen Rechtssatzerscheinungen innerhalb der Rechtserfahrung — welche in der kontinuierlichen Verwobenheit der einzelnen Rechtssatzerscheinung mit dem All der Rechtserfahrung wurzelt — niemals aber um die Frage der „Geltung", der „Realität" des gedachten Alls der Rechtserfahrung, der Rechtsordnung an sich, welch letztere Frage lediglich von der Metajurisprudenz der das Recht auf die metarechtlichen Beziehungspunkte von Menschen beziehenden Ethik gestellt werden kann. Ebenso wie jede Fragestellung, welche sicht nicht auf die Realität innerhalb der Natur, sondern auf die Realität der Natur richtet, zur Metaphysik eines metanaturalen Realitätsträgers

der Natur, zur Dogmatik des Gottesbegriffes führt, muß auch jede Fragestellung, welche sich nicht auf die Geltung innerhalb des Rechtes, sondern auf die Geltung des Rechtes richtet, in die Metajurisprudenz metarechtlicher Geltungsträger des Rechtes, in die Dogmatik der Staats- und Menschenbegriffe einmünden.

„Wenn man irgendeines der neueren Werke zu Rate zieht, in denen die Grundbegriffe der Staats- und Rechtslehre erörtert werden, so findet man regelmäßig, daß unter Positivität des Rechtes die ‚Wirksamkeit des Rechtes in der Gesellschaft‘ verstanden, daß dies als der Sinn des herrschenden Sprachgebrauches angegeben wird. Ein Faktum, ein kausal determinierter Vorgang in der Welt des sozialen Geschehens, soll also die Positivität des Rechtes sein, so daß eigentlich richtiger von der Faktizität des Rechtes gesprochen werden müßte. Dabei ist es in diesem Zusammenhange gleichgültig, ob als das Seinsfaktum, das die Positivität des Rechtes ausmacht, der tatsächliche Vorgang der Satzung des Rechtes durch einen generellen Befehl des Monarchen, durch einen abstrakten Beschluß der Volksvertretung, oder einen Akt der sogenannten Anwendung des Rechtes durch den Richter (Verwaltungsbeamten), das ist die Satzung der individuellen konkreten Rechtsnorm, oder aber die tatsächliche Befolgung der Rechtsnormen durch die Untertanen angesehen wird. Nun bedarf es keines weiteren Beweises daß dieser Sinn der Positivität: das Faktum, daß gewisse Rechtsvorstellungen auf irgendwelche Weise erzeugt werden, und die Menschen wirksam motivieren, innerhalb einer Wissenschaft keinen Platz finden kann, die das Recht als Norm, als Sollen auffaßt, die mit den Begriffen der Geltung, der Pflicht, der Berechtigung, der Person, kurz mit allen jenen Begriffen operiert die überhaupt keinen anderen, als einen normativen Sinn haben können; denn die Erkenntnis einer solchen Wissenschaft bewegt sich nach einer Richtung, in der die kausal bestimmte Welt der sozialen oder irgend einer anderen Wirklichkeit nicht zu treffen ist. Niemals könnte das Recht, das den Gegenstand (oder das Produkt) solcher Rechtswissenschaft bildet, ‚positiv‘ in jenem Sinne der Faktizität sein, den die herrschende Lehre diesem Begriffe abzugewinnen sucht. Denn nur die psychischen Prozesse der Vorstellung und Wollung des Rechtes, nicht aber das Recht als der Inhalt dieser Prozesse ist positiv im Sinne von faktisch. Der prinzipielle Fehler, der in dieser Auffassung der Rechtspositivität

steckt, zeigt sich vielleicht am besten, wenn man sich ihren Anlaß, ihren Entstehungsgrund vergegenwärtigt. Indem die Überwindung des Naturrechtes die Rückführung der Rechtsordnung auf Moral, Vernunft oder Natur endgültig ablehnte, glaubte sich die ‚positivistische' Rechtstheorie vor die nunmehr offene Frage nach dem Geltungsgrunde, nach einem anderen Geltungsgrunde des Rechtes gestellt, als die Naturrechtstheorie angab, glaubte sie in diese Frage nicht nur negativ, sondern positiv beantworten zu müssen. Und die Antwort lautete: Das Recht gilt nicht, weil und sofern sich seine Normen aus der Moral, Vernunft oder Natur ableiten lassen, sondern es gilt kraft der Tatsache, daß es durch menschlichen Willen oder Willkür gesetzt wurde und tatsächlich beobachtet wird. Die Sinnlosigkeit dieser Antwort erhellt sofort, wenn man sich bewußt wird, daß die Frage nach dem Geltungsgrunde soviel bedeutet wie: Warum soll die Rechtsnorm gesetzt und befolgt werden, und nicht, warum wird sie tatsächlich gesetzt und befolgt. Bedeutete die Frage das Letztere, wäre ja die Antwort nur eine Scheinantwort, denn sie besagte, das Recht soll gesetzt und befolgt werden, weil es gesetzt und befolgt wird. Angesichts des rein normativen Sinnes der Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes ist die Antwort, die auf seine, richtiger auf irgendeine Faktizität hinweist, nichtssagend. Denn niemals kann auf die Frage nach dem Grund eines Sollens ein Sein zur Antwort gegeben werden. Indem die herrschende Lehre in der Überwindung des Naturrechtes eine positive Antwort auf die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes geben zu müssen glaubte, eine Antwort, die sich von jener des Naturrechtes unterschied, mißverstand sie den eigentlichen Sinn dieser Überwindung des Naturrechtes, der darin besteht, daß die Frage nach einem Geltungsgrunde der Rechtsordnung als solcher, nach einer weiteren Rechtfertigung des Rechtes durch eine höhere Ordnung abgelehnt wird, indem die Rechtsordnung selbst als höchste, nicht weiter ableitbare, als souveräne Ordnung postuliert wird." (S. 88.) Diese Gedankengänge Kelsens beleuchten zunächst den ethischen Charakter seines „Sollens"begriffes. Während Kelsen nunmehr einerseits betont, daß das „Sollen" nur ein Ausdruck für das „Sein", die „Wirklichkeit" des Rechtes sei, betont er anderseits, daß die Erkenntnis einer normativen Wissenschaft sich nach einer Richtung bewege, in der die kausal bestimmte Welt der sozialen

oder irgendeiner anderen Wirklichkeit nicht zu treffen ist. Es genügt eben nicht, daß Kelsen behauptet, er verwende „Sollen" als Ausdruck für die „Wirklichkeit" des Rechtes: denn bei der Verwendung der Begriffe „Sollen" und „Sein" handelt es sich nicht um einen terminologischen, sondern um einen sachlichen Gegensatz, der durch keinerlei terminologische Umdeutungen beseitigt werden kann: Entweder ist das Recht für Kelsen eine Idee, eine Norm, ein Sollen oder eine Realität, eine Wirklichkeit, ein Sein. In letzterem Falle aber müßte „Recht" als ein Zusammenhang synthetischer Urteile aufgezeigt werden, welche einen Einheitsbezug von Begriff auf Empfindung vollziehen, und da Kelsen nirgends auch nur den leisesten Ansatz macht, das Recht als Realität eines synthetischen Urteilszusammenhanges zu begreifen, bleibt es eben dabei, daß „Sollen" für Kelsen den Gegensatz zu jedem „Sein" und „Recht" eine Idealität im Gegensatze zu aller Realität bedeutet. Freilich muß unter diesem Gesichtspunkte „Positivität" — „Geltung" — des Rechtes zu einem „Postulate", zu einer „Voraussetzung" werden. Nur daß dann eben Kelsen all das entgegen gehalten werden muß, was er den bisherigen Lösungen des Problems der „Positivität" entgegenhält: Das Recht „gilt" für Kelsen kraft der Tatsache, daß es durch menschlichen Willen oder Willkür — durch ein Postulat der Rechtswissenschaft — gesetzt wurde und tatsächlich beobachtet wird. Kelsens Antwort ist eine Scheinantwort, denn sie besagt, das Recht soll gesetzt und befolgt werden, weil es — das denkökonomische Prinzip! — gesetzt und befolgt wird. Und Kelsen lehnt die Frage nach einem Geltungsgrunde des Rechtes nicht ab, weil er eben die Geltung des Rechtes aus der höheren Ordnung logischer Postulate, Voraussetzungen ableitet. Die Sollform des Rechtes, welche ja nach Kelsen allein die Geltung des Rechtes ausmacht, entpuppt sich eben immer wieder nicht als der Ausdruck für die spezifische Wirklichkeit des Rechtes, für den funktionalen Zusammenhang der Rechtselemente, sondern als ein logisches Postulat, welches ein ethisch-politisches Postulat in sich birgt. Um aber das Recht als ein „positives" Recht, als „Wirklichkeit", als „funktionalen Zusammenhang" zu begreifen, dürfen „Geltung" und „Wirksamkeit" des Rechtes nicht auseinander gerissen, muß vielmehr die Positivität auf die Faktizität, auf die rechtliche Faktizität gegründet werden. Denn jene „An-

wendung" und „Befolgung", von welchen Kelsen als „psychischen Prozessen der Vorstellung und Wollung des Rechtes" spricht. sind nichts weiter als subjektivistische Deutungen rechtlicher Vorgänge, des Rechtsverfahrens, welches einen Einheitsbezug der Rechtsbegriffe auf rechtserhebliche Tatsachen, eine kontinuierliche Synthesis vollzieht: Nur in der Kontinuität der verfahrensmäßigen Rechtsfunktionen gründet sich die Positivität (Realität) des Rechtes.

Die Kontinuität des Rechtes aber, der Zusammenhang aller Rechtserscheinungen, ist ein Problem, welches Kelsen von seinen rechtsdogmatischen Voraussetzungen aus nicht zu lösen vermag. Er spricht zwar von einem „funktionalen Zusammenhange der Elemente im System des Rechtes" (S. 9), tritt aber nirgends an das Problem der Rechtsfunktion heran, übersieht, daß die Annahme eines funktionalen Zusammenhangs der Rechtserscheinungen der von ihm immer wieder postulierten statischen Betrachtungsweise des Rechtes völlig widerspricht. Kelsen ist in seinen „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre" vom Dogma vom in der Gesetzesstufe fertigen Rechte ausgegangen, hat aber in seinem zweiten Hauptwerke den oben charakterisierten Standpunkt Merkls angenommen: „Recht" zerfällt ihm nunmehr in mehrere Gebiete von Normen — Verfassungsgesetze, einfache Gesetze, Verordnungen, Urteile usw. — welche Gebiete aber einander rechtlich beziehungslos gegenüberstehen. Jedes dieser Gebiete stellt eine einstufige Sphäre von an Menschen gerichteten Normen dar und nur die metarechtliche Faktizität der „Normanwendung" und „Normbefolgung" führt aus einem dieser Gebiete in das andere. Die Rechtswissenschaft erst rechtfertigt nach Kelsen diese Faktizität der Normanwendung und Normbefolgung, indem sie, wie Kelsen immer wieder betont, eine „logische Erzeugung" der Rechtserscheinungen auseinander, eine „logische Ableitung" einer Rechtserscheinung aus der anderen vornimmt. Hier sei nur zunächst die Frage aufgeworfen, wie es sich mit Kelsens „nur auf die Rechtssätze und ihren funktionalen Zusammenhang gerichteten Betrachtung" (S. IV.), mit seiner Aufstellung, daß das Recht ein „selbständiges System" (S. V.) sei, verträgt, daß von einer logischen Erzeugung des Rechtes gesprochen wird? Der funktionale Zusammenhang der Rechtssätze, ihre selbständige Systematik kann sich ja gerade nur in selbständigen

Funktionalzusammenhängen, in ihrer rechtlichen Erzeugung äußern. Der „empirische Willensakt der konstituierenden Autorität", das „Faktum des Gesetzesbeschlusses", das „Faktum des richterlichen Willensaktes" bedeuten lediglich von ethisch-politischen Gesichtspunkten geleitete Hypostasierungen von Tatbeständen, welche sich in Funktionen von Rechtsverfahren konstituieren, bedeuten subjektivistische Deutungen der rechtlichen Erzeugung des Rechtes. Und keineswegs besteht, wie Kelsen vermeint, ein rechtlich-soziologischer (psychologischer) Parallelismus, vollzieht sich die Erzeugung des Rechtes in stetem Bezug auf ein paralleles (soziologisch-psychologisches) Faktum; vielmehr liegt der Sachverhalt derart, daß von der primären objektiven Sphäre der Rechtserzeugung her die psychologische Subjektivität gedeutet wird, daß vom Rechte aus, welches in dieser übergreifenden Betrachtung als einheitliches Deutungsschema erscheint, eine Reihenfolge relativer Subjektivitäten zum Menschen hinabführt[1]).

„Wie im zweiten Teile dieser Untersuchung bei den Darstellungen der möglichen gegenseitigen Beziehungen zweier Ordnungen noch zu zeigen sein wird, bedeutet das Bild, in welchem man von einer ‚höheren' Ordnung im Verhältnis zu einer ‚niederen' spricht, seinem normlogischen Sinne nach nichts anderes, als daß die ‚niedere' Norm oder Ordnung aus der höheren ‚abgeleitet', das heißt in der höheren — als Teil im ganzen — logisch beschlossen ist." (S. 13.) Der Begriff der ‚Normlogik' ist ein von Kelsen immer verwendeter Begriff, dessen unverkennbare Tendenz auf Bestimmung der Eigengesetzlichkeit des Rechtes zielt: aber in einem rein sprachlichen Sinne schon bringt der Begriff der „Normlogik" zum Ausdrucke, daß Kelsen die Bestimmung dieser rechtlichen Eigengesetzlichkeit verfehlt, die Ethik („Norm") und die Logik zur Bestimmung des Rechtes herangezogen hat. Denn für die reine Rechtslehre kann das Verhältnis zweier Rechtsordnungen niemals darin bestehen, daß die eine von der anderen „abgeleitet", also in ihr logisch be-

[1]) Eine unklare Ahnung dieses Sachverhaltes liegt Stammlers Lehre vom Rechte als „Form" der „Materie" der Wirtschaft zu Grunde, die eben in Kelsens Lehre von „Geltung" und „Inhalt des Rechtes" wieder zu Tage tritt. Stammler und Kelsen haben mit ihren Ansichten nur die alte rechtsdogmatische Lehre vom Rechte als bloßer formaler Sanktion der metarechtlichen, materialen „Lebensverhältnisse" vorgetragen.



schlossen ist, sondern daß Rechtsverfahren den funktionalen Zusammenhang der beiden Ordnungen, die rechtliche Umfassung der einen durch die andere stiften.

In seiner Polemik gegen Krabbe bemerkt Kelsen „Allein auch die sogenannte Genußrealisierung ist Rechtsrealisierung, ist Realisierung der Rechtsordnung, nicht nur im Sinne der Rechtsanwendung, sondern auch im Sinne der Rechtserzeugung. Jede Verordnung, jede Entscheidung und Verfügung ist zugleich Rechtsanwendung, wie Rechtserzeugung. Die Ordnung der Verwaltung ist nur ein Teil der Rechtsordnung. Die ‚Realisierung' als reines Faktum fällt überhaupt außerhalb des Rahmens juristisch-normativer Erkenntnis. Dieser sind eben nur Normen, generell oder individuell, gegeben." (S. 24.) Zugegeben, daß die Realisierung, die Erzeugung des Rechtes als Inhalt sozialwissenschaftlicher Urteile nicht Inhalt der Urteile des Rechtes ist: aber welches ist die Methode jener Rechtserzeugung, welche eben Inhalt der Urteile des Rechtes ist? Kelsen steht vor dem Problem der Rechtserzeugung, hält aber unbefangen gleichzeitig an der „statischen" Betrachtung des Rechtes — die allerdings seiner durchgängig formallogischen Methodik entspricht — fest, spricht gleichzeitig davon, daß der juristisch-normativen Erkenntnis nur „Normen", also fertige Rechtsdinge gegeben seien, während er doch wieder an anderen Stellen vom funktionalen Znsammenhang der Rechtselemente spricht![1]) Recht ist eben System nur als System von Rechtssatzfunktionen, nicht als Inbegriff von Rechtssatzdingen, deren Zusammenhang — wie bei Kelsen — nur durch metarechtliche — logische und ethische — Methoden gestiftet werden kann.

„Allein der Staat kann das Recht ebensowenig erzeugen oder bilden oder produzieren, wie das Recht sich selbst erzeugen, bilden oder produzieren kann . . . . Denn Recht kann wieder nur aus Recht ‚erzeugt', d. h. logisch abgeleitet werden." (S. 25.) Was bedeutet aber „Rechtserzeugung", wenn weder der Staat — eine

---

[1]) In seinen „Hauptproblemen" hat Kelsen folgerichtig ausgeführt, daß für die juristische Konstruktion das Gesetz „überhaupt nicht als Funktion" sondern als „fertiges Faktum" in Betracht komme (S. 566). Nunmehr hätte Kelsen folgerichtig sagen müssen, daß alle — rechtlich getrennten — Rechtsgebiete für die juristische Konstruktion nicht als „Funktionen", sondern als „fertige Fakta" in Betracht kommen: mit welcher Formulierung freilich das okkasionalistische Verhältnis der mehreren, je einstufigen Rechtsgebiete und die Unzulänglichkeit der statischen Methode klar geworden wäre.

metarechtliche Substanz — noch das Recht selbst — die Methodik des Rechtes — das Recht erzeugt? Kelsen erteilt die Antwort: Die Rechtswissenschaft, die Logik, die Urteile über das Recht erzeugen die Urteile des Rechtes. Diese Problemlösung stützt sich auf das naturrechtliche Dogma von der „Wissenschaft als Rechtsquelle", beruht auf der durchgängigen Vermengung der Urteile der Rechtswissenschaft mit den Urteilen des Rechtes, welche die Rechtsdogmatik charakterisiert. Recht kann allerdings nur wieder aus Recht erzeugt, d. h. aber nicht „logisch abgeleitet", sondern rechtlich (verfahrensmäßig) erzeugt werden: Die „logische Ableitung" des Rechtes bedeutet die dogmatische Einschiebung einer metarechtlichen Methode in die Sphäre des Rechtes, bedeutet die Sprengung und Verneinung der Eigengesetzlichkeit, der Souveränität des Rechtes!

„Indem man erkennt, daß es das Verhältnis der höheren zu der aus ihr abgeleiteten niederen Ordnung ist, das in der Beziehung einer abänderbaren Ordnung (einer Ordnung mit variablem Norminhalt) zu den neuen, ihrem ursprünglichen Normenkomplex hinzutretenden Normen vorliegt, vollzieht sich auch die Überwindung jenes dynamischen Elementes, das in der Vorstellung der Normänderung gelegen ist: denn jede Änderung muß — um von der statisch-normlogischen Betrachtung überhaupt erfaßt werden zu können — auf eine Bestimmung der ersten Ordnung des ursprünglichen Normenkomplexes zurückgeführt, von dieser delegiert und so gleichsam in nuce schon vorweg genommen vorgestellt werden. Jede Ordnung, die sich dadurch als ‚abänderbar' deklariert, daß sie Bedingungen dafür statuiert, wann und wie der Inhalt einer ihrer Normen als geändert erkannt werden kann, enthält alle möglichen Änderungen schon in dem Blankett der diese Bedingungen statuierenden Norm; sie birgt alle denkbaren Variationen ihres Norminhaltes potentiell in sich. In diesem Sinne ist sie sich stets gleich, ist in ihrer Identität stets unveränderbar. Und diese — allgemein anerkannte — formelle Identität einer Ordnung trotz ihres wandelnden Inhaltes ist die gleiche normlogische Tatsache, wie die Einheit der ‚höheren' und der aus ihr abgeleiteten ‚niederen' Ordnung." (S. 119). Aber nicht die Überwindung jenes dynamischen Elementes, das in der Vorstellung der Normänderung, sondern das im Rechte gelegen ist, soll nach Kelsen die Rechtswissenschaft vollziehen. Eine Rechtswissenschaft aber, die



wegen ihres apriorischen Dogmas der „statisch-normlogischen Betrachtung“ die Gesetzlichkeit des Rechtes überwinden, an der Rechtserfahrung, den Urteilen des Rechtes gewissermaßen Korrekturen vornehmen muß, ist nicht „reine Rechtslehre“, sondern Rechtsdogmatik, ist ebenso Metajurisprudenz, Naturrecht, wie eine Naturphilosophie Metaphysik wäre, welche das in der Naturerfahrung, in den Urteilen der Naturwissenschaft enthaltene Begriffselement der „Bewegung“ durch Umdeutung in die Statik der formalen Logik „überwinden“ wollte. Die formale Logik reicht eben — dies muß Kelsen entgegengehalten werden — niemals an die in Erfahrungszusammenhängen enthaltene Gesetzlichkeit heran. Erfahrungszusammenhänge aber sind nicht Zusammenhänge analytischer, sondern synthetischer Urteile. „Die ersteren könnte man auch Erläuterungs-, die anderen Erweiterungsurteile heißen; weil jene durch das Prädikat nichts zum Begriffe des Subjektes hinzutun, sondern diesen nur durch Zergliederung in seine Teilbegriffe zerfällen, die im selbigen schon (obgleich verworren) gedacht waren: dahingegen die letzteren zu dem Begriffe des Subjektes ein Prädikat hinzutun, welches in jenem gar nicht gedacht war und durch keine Zergliederung desselben hätte können herausgezogen werden.“ (Kant.) Ebensowenig wie die analytischen Urteile der formalen Logik an die synthetischen Urteile der Naturwissenschaft heranreichen, weil sie alle Prädikate als im Subjekte schon („in nuce“) enthalten denken, also gerade die Gesetzlichkeit der naturwissenschaftlichen Synthesis, welche Funktionen eines über das Subjekt hinausgehenden Bezuges von Begriff und Empfindung bedeutet, nicht aufhellen, reichen auch die analytischen Urteile der formalen Logik nicht an die synthetischen Urteile des Rechtes heran, weil sie alle Rechtsfolgen („Prädikate“) als in der Rechtsvoraussetzung (dem „Subjekte“) schon („in nuce“) enthalten denken, also gerade die Gesetzlichkeit der rechtlichen Synthesis, welche Funktionen eines über das Subjekt hinausgehenden verfahrensmäßigen Bezuges von Rechtsbegriff auf rechtserhebliche Tatsache bedeutet, nicht aufklären: in beiden Fällen muß von der sekundären, formalen, statischen Logik zur primären, dynamischen, transzendentalen Logik, zur Theorie der Naturerfahrung und zur Theorie der Rechtserfahrung übergegangen werden. Nur eine Rechtslehre, welche am Dogma von der Normativität des Rechtes festhält, richtet ihren

Blick nicht auf in Rechtsverfahren aktuelle, sondern in Rechtssätzen potentielle Norminhalte, sucht den Umfang dieses potentiellen Norminhaltes durch die formallogischen Mittel der ethisch-politischen Postulate folgenden Auslegung zu ermitteln. Und nur eine sich als formale Logik gebende Rechtslehre sucht den synthetischen Grundsatz der Beharrlichkeit, der Erhaltung des Rechtsverfahrens, welcher die Rechtsordnung kraft wandelnden Inhaltes als einheitliche Ordnung aufbaut, in das formallogische Prinzip der Identität einer Ordnung trotz wandelnden Inhaltes umzudeuten, was einer Umdeutung des Prinzips der Erhaltung der Energie in den Satz der Identität gleichkäme und eine Verleugnung der von Kant geleisteten transzendental-kritischen Arbeit bedeutet[1].

[1]) Wiederum wäre Kelsen entgegenzuhalten, daß Kant den „Satz vom Widerspruche" und sein Korrelat, den „Satz der Identität" als bloß „negative Kriterien der Wahrheit" bestimmt und ihnen jede Geltung für die Erkenntnis materialer konstitutiver Synthesen abgesprochen hat. Recht aber ist eine material-konstitutive, eine empirisch-reale Sphäre, die Kategorien des Rechtes sind Seinskategorien, nicht reflektive Kategorien. Sie sind im Sinne Kants nicht die bloßen „Gedankenformen" der formalen Logik, sondern synthetische Grundsätze, an allen, nicht an bestimmten Tatbeständen dargestellte Grundrelationen, welche allererst Rechtserfahrung ermöglichen. Nach Kelsens Darstellung hingegen sind die Kategorien des Rechtes — insbesondere der „Staat" — logische Postulate, also bloße „Gedankenformen", reflektive Kategorien. Um Husserls Gedankengängen zu folgen, wäre festzustellen, daß die Kategorien des Rechtes, insbesondere der „Staat", zwar alle „Einheit als kategoriales Prädikat" bedeuten, aber nicht „kategoriale Einheitsformen", sondern „Ganze". Die „kategoriale Einheitsform" ist ein „bloßer Inbegriff". „Inbegriff" ist der Ausdruck für eine „kategoriale", der bloßen „Form" des Denkens entsprechende Einheit, er bezeichnet das Korrelat einer gewissen, auf all die jeweiligen Objekte bezogenen Einheit der Meinung. Die Objekte selbst fundieren, sofern sie nur gedanklich zusammen begriffen werden, weder gruppenweise noch alle zusammen, einen neuen Inhalt; es wächst ihnen durch die einheitliche Intention keine sachliche Verknüpfungsform zu, sie sind vielleicht „an sich unverbunden und beziehungslos". Dies zeigt sich darin, daß die Inbegriffsform gegen ihre Materie völlig gleichgültig ist, das heißt, daß sie bei völlig willkürlicher Variation der befaßten Inhalte fortbestehen kann". Die Kategorien des Rechtes hingegen sind, da „Recht" einen „empirisch-realen Zusammenhang" im Sinne Husserls darstellt, „Ganze" oder noch richtiger „Einheitsmomente", wobei „Einheitsmoment" bedeutet „einen Inhalt, der durch eine Mehrheit von Inhalten fundiert ist und zwar durch alle zusammen und nicht bloß durch einzelne von ihnen." („Logische Untersuchungen", II. 1). So ist z. B. „Staat" ein durch alle Tatbestände zusammen und nicht bloß durch einzelne von ihnen fundierter Rechtsinhalt, ein Einheitsmoment.



Vergeblich sucht Kelsen das Moment der Zeit aus der Sphäre des Rechtes auszuschalten: „Wie irgendwann, gilt die Norm auch irgendwo. Weil die Normen und insbesondere die Rechtsnormen menschliches Verhalten zum Inhalt haben, menschliches Verhalten aber in Zeit und Raum sich vollzieht, sind Zeit und Raum allgemeine Norminhalte." (S. 72.) „Nur normativ kann die Rede sein von einer Ausschließlichkeit der Geltung der Ordnung eines Staates. Und diese Ausschließlichkeit besteht nicht gerade nur in räumlicher, sondern in zeitlicher und in jeder sachlichen Beziehung. Ausschließlich gilt die staatliche Ordnung ihrem eigenem Sinne nach nicht nur räumlich, sondern auch in der Zeit, indem gleichzeitig nicht zwei staatliche Ordnungen nebeneinander gelten können, und auch in dem Sinne, daß nicht die einen Angelegenheiten (nur ein Teil des menschlichen Verhaltens) von der einen, andere Angelegenheiten (der andere Teil des menschlichen Verhaltens) von einer anderen Staatsordnung geregelt werden können. Dies ergibt sich aus der notwendigen Einheit des Systems, das die Normen der staatlichen Rechtsordnung darstellen." (S. 75.) „Auflösung ist im Sinne Preuß' der Verlust des ganzen Gebietes. Allein warum sollte eine ‚Auflösung' nicht auch dadurch denkbar sein, daß eine Ordnung im Wege einer von ihr selbst veranlaßten Änderung die Beendigung ihrer Geltung ausspricht, warum sollte nicht die Geltung einer Rechtsordnung zeitlich beschränkt sein können?" (S. 79.) Kelsen selbst ist also immer wieder genötigt, festzustellen, daß die Rechtsordnung eine raum-zeitliche Ordnung ist. Da die Rechtsordnung aber, als zeitliche, nur eine dynamische Ordnung sein kann, reicht eine vom Dogma der Statik ausgehende Rechtslehre an die Rechtsordnung nicht heran, steht ihr als Metajurisprudenz fremd gegenüber. Die Ausschließlichkeit der Geltung der Rechtsordnung, ihre souveräne Eigengesetzlichkeit besteht ja eben gerade darin, daß sie mittelst ihrer Erzeugungsmethodik des Rechtsverfahrens ein souveränes Relationssystem von Tatbeständen, eine souveräne raumzeitliche Ordnung aufbaut. Nicht aus der „notwendigen Einheit des Systems", also einem logischen Postulate, welches ein ethisch-politisches, auf Vermeidung von Konflikten menschlichen Verhaltens gerichtetes Postulat verhüllt, ergibt sich die Ausschließlichkeit der Geltung, die Souveränität der Rechtsordnung, sondern umgekehrt konstituiert die Souveränität der rechtlichen Erzeugungsmethodik erst die Souveränität des Rechtes.

„Allein ein Normensystem kann sich selbst nicht ändern. Der irreführende, anthropomorphistische Ausdruck ist auf die Formel zu reduzieren: Die Rechtsordnung kann die Bedingungen enthalten, unter denen sie eine Änderung erfahren kann. Mit Kompetenzhoheit begabt ist eine Ordnung, wenn ihre Abänderbarkeit auf der eigenen Bestimmung, das heißt auf einer Norm dieser Ordnung selbst beruht . . . Die Frage, ob überhaupt die Abänderung einer Rechtsordnung möglich sei, ist nur dann zu bejahen, wenn die Bedingungen dafür, wie sie abzuändern sei, bestimmt sind. Diese müssen aber ausdrücklich fixiert sein, damit ein Erkenntnisgrund für das Urteil gegeben sei, daß eine Norm — als Bestandteil einer Ordnung — aufhöre zu gelten und die Geltung einer anderen beginne, daß der gültige Inhalt einer Norm eine Änderung erfahre. Wenn keine Bedingungen dafür bekannt sind, wie eine Ordnung abgeändert werden könne, kann sie überhaupt niemals als geändert erkannt werden. Eine Norm gilt eben zeitlich unbegrenzt, wenn sie nicht ausdrücklich die Bedingungen des Endes ihrer Geltung bestimmt.“ (S. 48 ff.) Wir müssen es uns leider versagen, hier auf eine Untersuchung des Begriffes der Rechtsänderung einzugehen: Was Kelsen — und die gesamte Rechtslehre — als „Normänderung“ untersuchen, ist lediglich ein Spezialfall der kontinuierlich in Rechtsverfahren das Recht durchwaltenden Änderung, der Rechtsbewegung, ist lediglich der Tatbestand bestimmter Rechtsverfahren, welche als „Aufhebung der Geltung einer Norm“ charakterisiert werden. In diesem Zusammenhange genügt die Feststellung, daß mit dem Begriffe der „Änderung“ ein dynamisches Rechtselement erkannt ist. Kelsen meint allerdings, daß ein Normensystem sich nicht selbst ändern könne; es bedarf also offenbar eines „Stoßes von Außen“, eines metarechtlichen Bewegers des Rechtes! Zu dieser Behauptung wird Kelsen durch das Dogma von der Normativität des Rechtes verführt, welches lediglich die Bedingungen der Änderung, die Kompetenzhoheit enthält, während die Erfüllung dieser Bedingungen, die Ausübung der Kompetenzhoheit, also die Änderung selbst, außerhalb des Rechtes durch das Faktum von Organhandlungen vor sich geht. Kelsen übersieht aber, daß für eine reine Rechtslehre „Organ“ auch nur „Tatbestände“ von Rechtsverfahren, Rechtssatzfunktionen bedeutet und daß eine Rechtslehre, welche zwischen die Rechtsstufen metarechtliche Fakten einschiebt, die

Eigengesetzlichkeit, die Kontinuität, die Souveränität, das System des Rechtes sprengt, also keine reine Rechtslehre ist.

„Ein Gemeinwesen kann seine Ordnung nicht im wörtlich physischem Sinne von einem anderen Gemeinwesen (oder dessen Ordnung) erhalten, so wie ein Mensch von einem anderen einen Gegenstand erhält. Dieser körperliche Vorgang ist nur ein Bild für die logisch-normative Beziehung der Über- und Unterordnung zweier Verfassungen, welches Verhältnis identisch ist mit dem der Delegation." (S. 59.) Aber nicht mit logisch-normativen, also von der Logik und Ethik, sondern mit vom Rechte gestifteten Beziehungen hat es eine reine Rechtslehre zu tun. „Delegation" ist — ebenso wie „Kompetenz" — lediglich der ethisch-politische Ausdruck für die Möglichkeit von Rechtsverfahren, in welchen allein sich die Rechtsrelationen vollziehen. „Man muß hier, — wie bereits bemerkt — deutlich eine relevante formale von einer für die Konstruktion irrelevanten materiellen Relation unterscheiden. Und man muß sich davon emanzipieren, eine Verordnung, die nichts ist als ein System von Normen, anthropomorphistisch als einen Menschen vorzustellen, der Befehle erteilt, so daß das Verhältnis einer niederen zu einer höheren Ordnung mit dem Bilde eines Mannes erledigt wird, dessen Willensemanation nur an bestimmten Punkten auf eine Schranke stoßen, die ihm von einem anderen, Stärkeren gleichsam gesetzt sind. Daß eine Ordnung einer anderen, höheren in einem bestimmten Punkte unterworfen, in einer bestimmten Richtung gebunden sei, das bedeutet doch nichts anderes, als (oder kann auch so ausgedrückt werden) daß die Regelung einer bestimmten Materie unmittelbar durch die höhere Ordnung erfolgt, während die aller übrigen (der Regelung überhaupt fähigen) Materien durch die niedere Ordnung erfolgen. Die niedere Ordnung ist in ihrer Kompetenz begrenzt durch eine höhere. Daß von zwei — allerdings miteinander in Beziehung stehenden — Ordnungen und nicht nur von einer die Rede ist, diese vorläufige Unterscheidung beruht auf der Verschiedenheit der zur Erzeugung und Fortbildung der Normen berufenen Organe, im Bundesstaat z. B. auf dem Unterschied von Bundes- und Landes- (Gliedstaats-) Gesetzgebung. Die höhere Ordnung bildet das System der Bundesgesetze, die niedere jenes der Bundesgesetze." (S. 62.) Bedeutet es aber nicht auch eine metarechtliche Sprengung der Kontinuität des Rechtes durch die

rufend", „delegierend", „ermächtigend", „verweisend" an die metarechtlichen Beziehungspunkte von Menschen richtet, das Kelsen zur Sprengung der souveränen Erzeugungskontinuität, zur Verkennung der immanenten Dynamik des Rechtes zwingt. Die „Verschiedenheit der zur Erzeugung und Fortbildung der Normen berufenen Organe" bedeutet lediglich die Verschiedenheit von Rechtsverfahren, die Verschiedenheit von „Bundesstaat" und „Gliedstaaten" lediglich eine von ethisch-politischen Gesichtspunkten geleitete Hypostasierung der Superposition von Rechtsverfahren[1]).

„Wenn die souveräne Ordnung bezüglich einzelner Territorien und gewisser Materien auf die Geltung bestimmter für diese Territorien schon vor der Geltung der Reichsverfassung existenter Normen (auf die Rechtsordnung Bayerns, Sachsens usw.) verweist, so macht sich die Reichsverfassung diese Ordnungen ebenso zu ihren Bestandteilen, sie vollzieht logisch ebenso eine Einverleibung dieser Ordnungen, wie etwa das Handelsgesetzbuch, wenn es auf ältere Usancen verweist." (S. 65.) Wieder macht sich der Mangel der Einsicht in die Eigengesetzlichkeit des Rechtes geltend: Der rechtlichen (verfahrensmäßigen) Einverleibung wird eine logische — also metarechtliche — Einverleibung unterschoben.

„Die Vorstellung der ‚Unter- und Überordnung', der Eigenschaft des ‚höheren' und ‚niederen' sind Verbildlichungen des logischen Verhältnisses der Deduktion, mit der die Geltung des Soll-Urteils, das die ‚niedere' Norm darstellt, aus dem nicht weiter ableitbar (das heißt souverän) gedachten Soll-Urteile, mit welchem die ‚höhere' Norm dargestellt wird, sich erschließen läßt oder mit anderen Worten ‚erzeugt' wird. Schon diese rein logische Beziehung

[1]) Über das Prinzip der Superposition der Rechtsverfahren als rechtliches Individuationsprinzip vergleiche vorläufig meine Abhandlung „Alte und neue Staatsrechtslehre" (II. 1, dieser Zeitschrift).

zeigt, daß die niedere Ordnung, weil und sofern sie aus einer ‚höheren' abgeleitet wird, in dieser höheren Ordnung beschlossen sein muß . . . Die Einheit des übergeordneten mit dem untergeordneten Systeme aber bewährt sich in der Unmöglichkeit eines logischen Widerspruches zwischen dem Inhalt der Normen beider Systeme. Wie immer man das Verhältnis konstruieren mag, bei dem ein Normensystem einem höheren als untergeordnet erscheint, niemals wird — rein normlogisch betrachtet — eine Norm der niederen Ordnung zu einer solchen der höheren Ordnung kontradiktorisch entgegengesetzt sein können. Diese Konsequenz ergibt sich aus dem Umstande, daß das Verhältnis der ‚Über- und Unterordnung' nur die bildliche Darstellung des Verhältnisses der logischen Ableitung ist. Und weil ‚Verweisung, Delegation und Ermächtigung' gleichsam nur Übersetzungen dieser logischen Grundrelation in die normative Terminologie sind, ist es begrifflich unmöglich, daß eine (die höhere) Ordnung auf eine Norm oder Ordnung (die niedere) ‚verweist', zur Setzung einer Norm oder Ordnung delegiert oder ‚ermächtigt', die sich zu der höheren Ordnung in Widerspruch setzt. Das liegt im Begriffe der Verweisung, Delegation oder Ermächtigung." (S. 112, 113.) Allen diesen Gedankengängen Kelsens muß aber entgegengehalten werden, daß sie selbst nur bildliche Darstellungen von Rechtsverfahren sind, einer Übersetzung aus der statischen Sphäre der formalen Logik in die Sphäre der Dynamik des Rechtes bedürfen. Nicht das logische Verhältnis der Deduktion, nicht die logische Ableitung, Darstellung und Erschließung von Rechtssätzen, sondern die Erzeugung des Rechtes im Rechtsverfahren ist für eine reine Rechtslehre bedeutungsvoll, nicht die Unmöglichkeit eines logischen, sondern die Unmöglichkeit eines rechtlichen Widerspruches, nicht die begriffliche, sondern die rechtliche Unmöglichkeit, nicht was in einem Begriffe, sondern was im Rechte liegt, nicht die rein normlogische, sondern die rein rechtliche Betrachtung steht zur Frage. Und keineswegs handelt es sich um bloß terminologische Unklarheiten Kelsens, sondern seine Terminologie wurzelt — wie noch zu zeigen sein wird — in einem sachlichen Grundirrtum über das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Recht. Kelsen hält nicht nur an dem Dogma von der Wissenschaft als Rechtsquelle und an dem bereits von der Freirechtsschule aufgelöstem Dogma von der formalen Logik

als Rechtserzeugungsmethode fest, sondern gestaltet sogar diese Dogmen in einer bisher nie dagewesenen Schärfe aus: Er läßt die Sphäre der Urteile der Rechtswissenschaft, der Urteile über das Recht, also der Logik, tief in die Sphäre der Urteile des Rechtes hineinreichen, durchsetzt das Recht mit einem logischen Naturrechte, welches freilich nur die Hülle eines ethisch-politischen Naturrechtes ist.

„... ist bei dem Charakter der normlogischen Relationen ... die Vorstellung des auf der psychologisch-soziologischen Seite liegenden Normerzeugungsprozesses für die hier in Betracht kommenden Verhältnisse irrelevant. Was man ... eine Ermächtigung zur Normsatzung, Rechtserzeugung nennt, ist — von der normlogischen Seite aus gesehen — richtiger charakterisiert als die Statuierung der Bedingungen, unter denen der Inhalt der Grundordnung als geändert erkannt werden muß. ... Da Recht eine Zwangsordnung ist, jeder Rechtssatz — als kleinste Einheit des Rechtes — alle wesentlichen Elemente des Rechtes enthalten muß, können die meist individuellen Normen des Rechtsgeschäftes nur in Verbindung mit dem — durch die Behörden in einem bestimmten Verfahren zu vollziehenden — Zwang der Exekution vollständige Rechtssätze ergeben." (S. 117, 118.)

Nur dann aber fällt der Normerzeugungsprozeß auf die „psychologisch-soziologische", also metarechtliche Seite, wenn man gewisse verfahrensmäßige Tatbestände nach ethisch-politischen Gesichtspunkten aus dem dynamischen All der Rechtserfahrung heraushebt, zu „Behörden" hypostasiert und schließlich als personifizierte metarechtliche Substanzen hinter die Rechtsverfahren stellt, so daß dann die Rechtsverfahren als Zwangshandlungen von „Behörden" erscheinen. Und es ist wieder nur das Dogma von der Normativität des Rechtes, welches Kelsen dazu verleitet, nur die „Statuierung" von Änderungsbedingungen, nicht aber ihren Vollzug als „Recht" anzusprechen.

In seiner Polemik gegen Tezner, der Kelsens „formaler Logik" das „praktische Bedürfnis" entgegensetzt, bemerkt Kelsen: „Ich habe niemals versucht, den Staat in logische Syllogismen einzuschließen. Der Syllogismus gehört zur Technik der Interpretation, mit der sich meine Theorie bisher gar nicht beschäftigt hat. Wohl aber fasse ich den Staat als Normen-, das ist als Rechtsstaat auf, weil

eine andere Auffassung — zumindest vom juristischen Standpunkt — mit der durch die juristische Betrachtung gegebenen Voraussetzung unvereinbar ist. ‚Juristisch' kann man nur Recht — und sonst nichts — erkennen." (S. 181.) „Sonst nichts" — also auch nicht die „Logik"! „Juristisch" kann niemals eine „logische" Ableitung, die immer „logische Syllogismen" bedeutet, erkannt werden. „Juristisch" gibt es überhaupt keine „formale Logik", die Kelsen leider zur Methode seiner Rechtslehre macht. Nur zu sehr hat Kelsen den gegen ihn erhobenen Vorwurf formaler logischer Spekulationen und den damit verbundenen Vorwurf naturrechtlicher Deduktionen verschuldet. Denn es bedeutet nicht bloß terminologische, sondern sachliche Entgleisung, wenn Kelsen ausführt: „Die für Juristen charakteristische Selbsttäuschung, daß aus der Beobachtung von Seinstatsachen Rechtsnormen abgeleitet werden können, spielt auch hier die entscheidende Rolle. Die Kenntnis des tatsächlichen Verhaltens der Menschen wäre imstande, eine logisch-konsequente Spekulation zu den Grundprinzipien des Völkerrechtes, das heist zu einem System von Normen zu führen, die aussagen, wie sich die Menschen — in einer gewissen Beziehung — gegenseitig verhalten sollen! Dieser Irrtum verhindert, daß der oberste Grundsatz, die Ursprungsnorm — und nur aus einer Norm können Normen spekulativ abgeleitet werden — ins Bewußtsein tritt." (S. 214.) „Die „logisch-konsequente Spekulation" und die „spekulative Ableitung" waren und sind aber immer die Methoden der Metaphysik und der Metajurisprudenz (des Naturrechtes) gewesen. Logische Spekulationen reichen weder an die Naturerfahrung noch an die Rechtserfahrung heran. Für die Theorie der Naturerfahrung und für die Theorie der Rechtserfahrung ist niemals die „logische Konsequenz", „die spekulative Ableitung", also das Verhältnis von Denkgrund und Denkfolge, sondern immer nur die natürliche und rechtliche Konsequenz, also das Verhältnis von Ursache und Wirkung, von Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge bedeutungsvoll. Die Verwechslung logischer mit realer Abhängigkeit — ein Grundirrtum der spekulativen Metaphysik, den Kant für das Gebiet der Theorie der Naturerfahrung aufgedeckt hat — wird von Kelsen im Gebiete der Theorie der Rechtserfahrung durchgängig beibehalten[1]).

[1]) Die Termini „Rechtsvoraussetzung" („Rechtsgrund") und „Rechtsfolge" zeigen übrigens, daß die Rechtsdogmatik die realen Verknüpfungen des Rechtes in

II.

Die rechtsreale, die positive Abhängigkeit aber zwischen Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge wird vom synthetischen Rechtsgrundsatze der „Zurechnung" gestiftet. Freilich gebührt nun — wie bereits eingangs hervorgehoben wurde — Kelsen das Verdienst, die „Zurechnung" als irgendwie rechtlich relevante Verknüpfungsweise in Untersuchung genommen zu haben. Aber Kelsens „Zurechnungslehre" kann nicht als eine in der Sphäre der reinen Rechtslehre liegende Lösung des Problems der Rechtsverknüpfung betrachtet werden. Zunächst hat Kelsen offenbar die „Zurechnung" mit der rechtlichen Gesetzlichkeit überhaupt verwechselt, in ähnlicher Weise wie Hume seine Untersuchung nur dem Problem der Kausalität, nicht der naturwissenschaftlichen Gesetzlichkeit überhaupt, zuwendete. „Ich versuchte also zuerst, ob sich nicht Humes Einwurf allgemein vorstellen ließe und fand bald: daß der Begriff der Verknüpfung von Ursache und Wirkung bei weitem nicht der einzige sei, durch den der Verstand a priori sich Verknüpfungen der Dinge denkt, vielmehr, daß Metaphysik ganz und gar daraus bestehe." (Kant „Prolegomena".) Wie Kant die systematische Ableitung aller synthetischen Grundsätze der mathematischen Naturwissenschaft unternommen hat, muß sich auch die Theorie der Rechtserfahrung aller synthetischen Grundsätze des Rechtes versichern: Erst das System aller synthetischen Rechtsgrundsätze, die sich im Rechtsverfahren als „transzendentalen Schematismus" des Rechtes entfalten und wechselseitig durchdringen, stellt die souveräne Erzeugungsmethodik, die Eigengesetzlichkeit des Rechtes dar[1]). Noch weit schwerwiegender aber ist der gegen Kelsens Zurechnungslehre zu erhebende Einwand, daß seine „Zurechnung" ein methodisches Verfahren der Rechtswissenschaft, nicht ein methodisches Verfahren des Rechtes darstellt, in der Sphäre der Urteile über das Recht, nicht in der Sphäre

---

formallogische Verknüpfungen, also die Rechtspositivität in eine Rechtsidealität umgedeutet hat. Es wäre also ernstlich zu erwägen, ob nicht geradezu von „Rechtsursache" und „Rechtswirkung" zu sprechen wäre, da ja mindestens der Terminus „Rechtswirkung" ohnehin geläufig ist. Jedenfalls sei betont, daß — für welche Terminologie immer man sich entschließt — die rechtlichen Zurechnungsverknüpfungen synthetische Verknüpfungen rechtserheblicher Tatsachen, rechtsreale Verknüpfungen, nicht logische Dependenzen darstellen.

[1]) Vgl. meine oben zitierte Abhandlung „Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens."

der Urteile des Rechtes wurzelt, weshalb eben Kelsen immer von logischen Abhängigkeitsverhältnissen innerhalb des Rechtes spricht. Es wird also nunmehr notwendig, die Zurechnungslehre Kelsens einer Untersuchung zu unterziehen, welche nicht nur die Untersuchung über Kelsens Begriff der Eigengesetzlichkeit des Rechtes einschließt, sondern auch unmittelbar zur Untersuchung des Kelsenschen Staatsbegriffes überleitet.

Kelsens Begriff der „Zurechnung" ist ein Derivat seines Begriffes des „Sollens" und gleich jenem Begriffe im wesentlichen ethischen Ursprunges und Charakters. „Die auf Grund der Norm vorgenommene Verknüpfung zwischen einem Seinstatbestande und einem Subjekte ist die Zurechnung. Sie ist eine ganz eigenartige, von der kausalen und teleologischen völlig verschiedene und unabhängige Verknüpfung von Elementen. Man kann sie, weil sie auf Grund der Normen erfolgt, als eine normative bezeichnen. Die Unterscheidung von Soll-Subjekt und Soll-Objekt ist von größter Bedeutung. Ein Fehler wäre, beides zu identifizieren, etwa von der Voraussetzung ausgehend, gesollt sei stets nur ein Verhalten des Subjektes. Denn abgesehen davon, daß auch in diesem Falle Subjekt und Verhalten des Subjektes nicht zusammenfallen, kann ohne weiteres auch etwas anderes, kann viel mehr als ein Verhalten, das heißt bei menschlichen Subjekten, eine Körperbewegung oder deren Unterlassung gesollt sein — die Norm kann prinzipiell alles hindern, auch Dinge, die nur in einem sehr weiten (kausalen) Zusammenhange oder auch in gar keinem Zusammenhange mit körperlichen Bewegungen des Normsubjektes stehen. Insbesondere soweit es sich um soziale Normen handelt, wird das durch die Norm gebotene letztlich nicht ein Zustand des Normsubjektes, sondern seiner Mitmenschen sein, z. B. der mögliche äußere Erfolg solcher körperlichen Bewegungen, da der Endzweck sozialer Normen nicht ist, das Verhalten des Normsubjektes an sich zu erzielen, sondern weitere nachteilige oder vorteilige Zustände der übrigen zu verhindern oder herbeizuführen. So statuieren die Normen des Rechtes als gesollt die Befriedigung des Gläubigers, das Nichtgetötetwerden des Nebenmenschen, und ähnliches. Gerade die rechtliche Zurechnung, das ist die Zurechnung auf Grund der Rechtsnormen, zeigt, daß zwischen Normobjekt und Normsubjekt die größte Distanz, daß nicht einmal ein kausaler oder teleologischer Zusammenhang bestehen muß."

(„Hauptprobleme" S. 72.) Kelsens bahnbrechendes Verdienst besteht darin, gezeigt zu haben, daß die im Rechte auftretende Verknüpfung von Elementen unabhängig ist von der in der Naturwissenschaft auftretenden „kausalen" Verknüpfung von Elementen, Kelsens Irrtum besteht darin, daß er mit dem ethischen Begriffe des „Sollens" auch sein Derivat, den Begriff der „Zurechnung" in das Gebiet der Rechtstheorie eingeführt und zur Darstellung der rechtlichen Verknüpfungsweise verwendet hat, ohne ihn von den ihm anhaftenden ethischen Merkmalen zu reinigen. Die Unterscheidung von Sollsubjekt und Sollobjekt ist allerdings von der größten Bedeutung für die Ethik, ja diese Unterscheidung ist nur ein Korrelat der ethischen Zurechnung. „Tat heißt eine Handlung, sofern sie unter Gesetzen der Verbindlichkeit steht, folglich auch sofern das Subjekt in derselben nach der Freiheit seiner Willkür betrachtet wird. Der Handelnde wird durch einen solchen Akt als Urheber der Wirkung betrachtet, und diese zusamt der Handlung selbst können ihm zugerechnet werden, wenn man vorher das Gesetz kennt, kraft welches auf ihnen eine Verbindlichkeit ruhet. Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die moralische Persönlichkeit ist also nichts anderes, als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen (die psychologische aber bloß das Vermögen, sich seiner selbst in den verschiedenen Zuständen der Identität seines Daseins bewußt zu werden) woraus dann folgt, daß eine Person keinen anderen Gesetzen als denen, die sie (entweder allein, oder wenigstens zugleich mit anderen) sich selbst gibt, unterworfen ist. Sache ist ein Ding, was keiner Zurechnung fähig ist. Ein jedes Objekt der freien Willkür, welches selbst der Freiheit ermangelt, heißt daher Sache (res corporalis). — Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann Tat (factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird, welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus dieser Tat bei sich führt, eine rechtskräftige (imputatio iudiciaria et valida), sonst aber nur eine beurteilende Zurechnung (imputatio diiudicatoria) sein würde. — Diejenige (physische oder moralische) Person, welche rechtskräftig zuzurechnen die Befugnis hat, heißt der Richter oder auch der Gerichtshof (iudex s. forum). (Kant „Metaphysik der Sitten", Ausgabe Cassirer, S. 24, 28.) Kants Unter-

scheidung von „nur beurteilender“ und „rechtskräftiger“ Zurechnung zielt bereits auf die Unterscheidung ethischer und rechtlicher Zurechnung ab. In der Beurteilung auf Grund ethischer Imperative, die von Personen ausgehen, sich an Personen wenden, muß auch das All der Zurechnungselemente sich in die beiden Welten der Imperativ- und daher Zurechnungsfähigen („Personen“, bei Kelsen „Subjekte“) und der Imperativ- und daher Zurechnungsunfähigen, („Sachen“, bei Kelsen „Objekte“, „Seinstatbestände“) scheiden. In der „rechtskräftigen“ Zurechnung hingegen, „welche die rechtlichen Folgen bei sich führt“, d. h., welche im Rechtsverfahren vor sich geht, zerfallen „Person“ und „Sache“ in funktionale Rechtssatzrelationen, sind „Person“ und „Sache“ Tatbestände, die sich aus gleichartigen Rechtselementen aufbauen. Die ethische Zurechnung bedeutet eine beurteilende, denkmäßige Verknüpfung von Person und Sache („Sollsubjekt“ und „Sollobjekt“), die rechtliche Zurechnung eine verfahrensmäßige Verknüpfung von Tatbestandselementen. Wenn der zweifellos ursprünglich ethische Begriff der Zurechnung überhaupt von der Rechtstheorie verwendet wurde, so entsprang diese Verwendung nur einem terminologischen Notstande: der naturwissenschaftliche Begriff der Kausalität, als einer besonderen Art der synthetischen Zuordnung von Elementen, sollte vom Gebiete der Rechtstheorie ferngehalten werden und so griff zunächst Kelsen nach der ethischen Verknüpfungsart der Zurechnung, was für ihn umso naheliegender war, als er Recht und Moral als „Sollen“, Rechtswissenschaft und Ethik als normative Disziplinen in engen Zusammenhang gebracht hat. Soll jedoch das Recht, wie es seine Eigenart erheischt, als eine souveräne Erzeugungsmethodik, ein souveräner Zusammenhang von Urteilsfunktionen ausgezeichnet werden, dann muß auch der ethische Begriff der Zurechnung vom Gebiete der Rechtstheorie ferngehalten und, da ein anderer Ausdruck für den Begriff der „Kausalität im Rechte“ nicht zur Verfügung steht, durch einen rechtlichen Zurechnungsbegriff ersetzt werden.

Ein weiterer tiefgreifender Mangel der Kelsenschen Zurechnungslehre ist, daß in keiner Weise klargestellt wird, in welcher Sphäre die Urteile der rechtlichen Zurechnung vollzogen werden, ob es sich um synthetische (konstitutive) oder analytische (reflektierende) Urteile, ob um Urteile des Rechtes (Rechtsfunktionen)

für jenen, so kommt auch für diesen das Recht nur in seinen formalen Beziehungen des Sollens ohne Rücksicht auf das entsprechende Sein in Betracht, denn der Jurist hat nicht das tatsächliche rechtliche Verhalten der Menschen materiell zu erklären, nicht explikativ die Erscheinungen des Rechtslebens zu begründen, sondern normativ zu erfassen. Erklärung ist die Aufgabe der Soziologen und Psychologen, Beschreibung des Seienden und Darstellung des Werdens Aufgabe der Kultur- und Rechtshistoriker" („Hauptprobleme" S. 42). Hätte aber Kelsen die Bedeutung des Rechtsverfahrens als des transzendentalen Schematismus des Rechtes erkannt und nicht nur die Zurechnung, sondern alle im Rechtsverfahren zu synthetischen Grundsätzen sich entfaltenden Rechtskategorien betrachtet, so hätte er den Begriff der Zurechnung gewissermaßen in das Recht hineingehoben, als rechtliche, nicht als rechtswissenschaftliche Methodik bestimmt.

„Es ist natürlich, daß für die Disziplinen, innerhalb deren sich dieser Prozeß der Zurechnung vollzieht, das Bedürfnis besteht, jene eigenartige Fähigkeit, Subjekt der Zurechnung, Person, das ist ethisch-juristische Einheit in einem anderen als dem zoologisch-psychologischen Sinne der Einheit ‚Mensch' zu sein, besonders zu bezeichnen. Die Zurechnung, da die einzelne normgemäße oder normwidrige Handlung oder Unterlassung nur Durchgangspunkte sind, sucht sich — figürlich gesprochen — im Innern des Menschen einen Endpunkt: Diese, im Innern des Menschen gedachte, als Endpunkt der Zurechnung fungierende Konstruktion — und nichts nichts anderes — ist es, was die Terminologie der Ethik und Jurisprudenz als ‚Wille' bezeichnet." („Hauptprobleme" S. 145.) Die „Zurechnung" ist also

nach Kelsen ein sich innerhalb der Disziplin der Rechtswissenschaft vollziehender Prozeß, die „Person" ist eine „gedachte", von der Rechtswissenschaft gedachte „Konstruktion." Diese Auffassung entspricht Kelsens Dogma von der Normativität des Rechtes, welches nur die idealen Bedingungen der Zurechnung enthält, während die metarechtliche Faktizität der Zurechnung in der „Anwendung" der Normen durch menschliche Normadressaten und in deren logischen Rechtfertigung durch die Rechtswissenschaft sich vollzieht. Für die Theorie der Rechtserfahrung aber, der die „Anwendung" des Rechtes rechtliche Vorgänge, Rechtsverfahren bedeutet, ist „Zurechnung" ein sich primär im Rechte vollziehender, synthetischer Verknüpfungsprozeß, kommt es lediglich darauf an, ob „Person" eine rechtliche, in Verfahren auftretende Konstruktion ist.

Vom Staatswillen sagt Kelsen: „Wenn gewisse Handlungen bestimmter physischer Personen für die juristische Betrachtung nicht als Handlungen dieser Personen, sondern als einer anderen, von ihnen verschiedener gelten, so liegt hier ein besonderer Fall der Zurechnung vor. Der in der Tätigkeit dieser Personen gelegene Tatbestand wird nicht diesen Personen selbst, er wird einer anderen zugerechnet. Der Zurechnungspunkt fällt aber nicht etwa in einen anderen Menschen. Die Zurechnung geht gleichsam durch die physisch Handelnde und deren physischen Willensakt hindurch und macht nicht in einer anderen physischen Person Halt, wie dies z. B. der Fall ist bei der Haftung für den Schaden, der durch Kinder oder Angestellte begangen und dem Vater respektive dem Dienstherrn zugerechnet wird. Vielmehr vereinigen sich alle Zurechnungslinien in einem gemeinsamen, außerhalb jedes physischen Subjektes gedachten Punkte. Die Individuen, bei denen eine derartige Zurechnung stattfindet, sind die Staatsorgane und der gemeinsame Treffpunkt aller Zurechnungslinien, die von den als Organhandlungen qualifizierten Tatbeständen ausgehen, ist der Staatswille. Fragt man sich, welches der Grundsatz ist, nach dem diese Art der Zurechnung stattfindet, welche Tatbestände einer solchen Zurechnung unterzogen werden, mit anderen Worten welche Handlungen Staatshandlungen sind, so ist die Antwort darauf im Rechtssatze gegeben. Im Gesetze — und das ist der Inbegriff der Rechtssätze — ist ausdrücklich festgelegt, wie der Staat und unter welchen Umständen er — durch seine Organe — tätig sein

will. Wenn in den Gesetzen bestimmt wird, daß jemand, der stiehlt, durch das Gericht des Tatortes mit Arrest bestraft wird, daß jemand, der ein empfangenes Darlehen nicht zurückzahlt, auf die Klage des Gläubigers durch das kompetente Gericht exekutiert wird, daß ein Armer unter bestimmten Umständen von der zuständigen politischen Behörde eine Geldunterstützung erhält, so sind in der betreffenden Strafe, Exekution, Armenunterstützung jene Tatbestände fixiert, die nicht den physisch handelnden Personen — den Organen —, sondern dem Staate zugerechnet werden. Wenn man sagt, daß das Gesetz den Willen des Staates enthält, so bedeutet das nichts anderes, als daß es die Tatbestände feststellt, die als Handlungen des Staates zu gelten haben, die der Staat ‚will', das heißt, die dem Staate und nicht den physisch Handelnden — die um dieses Umstandes willen ‚Organe' sind — zugerechnet werden. Es bedeutet nichts anderes, als daß im Gesetze die Regel zu finden ist, nach der die Zurechnung zum Staate stattfindet. Es ist für die Konstruktion von größter Bedeutung, daß die Zurechnung zum Staate durch das Staatsorgan und dessen psychischen Willen hindurch stattfindet, daß der psychische Willensakt des eine Staatshandlung setzenden Staatsorganes nur Durchgangs- und nicht Endpunkt rechtlicher Zurechnung ist. Denn für die juristische Betrachtung erscheint dieser psychische Willensakt des Staatsorgans als völlig irrelevant." („Hauptproblem", S. 83.) Der Staat als „Zurechnungsendpunkt" entspringt der „juristischen Betrachtung", ist ein „gedachter" Punkt, ist ein Produkt der „juristischen Konstruktion", ist also, da nach Kelsen der Grundsatz der Zurechnung nur im Gesetze, in der isolierten Gesetzesstufe zu finden ist, die auf Grund des Gesetzes erfolgenden Zurechnungsurteile somit grundsätzlich außerhalb des Rechtes vor sich gehen müssen, kein Produkt der Konstruktionen des Rechtes, kein in Rechtsverfahren gesetzter Punkt.

Auch in Kelsens zweitem großen Werke bleibt die Zurechnung eine logische, also metarechtliche Methode, der Staat der logische (metarechtliche) Endpunkt der Zurechnung. Kelsen ist zwar bemüht, zu einem von allen metarechtlichen Schlacken befreiten Begriffe des Staates vorzudringen, muß aber weit vor dem Ziele haltmachen, weil ihm nicht nur die Loslösung von der Dogmatik ethisch-politischer Postulate nur unvollkommen gelingt, sondern er auch übersieht, daß ein in der Logik wurzelnder Staatsbegriff nicht

weniger ein metarechtlicher Staatsbegriff ist, als ein in der Ethik und Politik wurzelnder Begriff des Staates. „Letzten Endes muß die Zurechnung zu dieser höchsten, souveränen Ordnung gehen. Dies ist der tiefste Grund, weshalb es logisch unmöglich ist, zu sagen, das nichtsouveräne Gemeinwesen sei Staat, weil und insofern es sich ‚durch eigenen Willen‘ selbst bestimmt. Es hat gar keinen ‚eigenen Willen‘, weil keine nur ihm zuzurechnende Organe. Damit erledigt sich auch die Behauptung, der nichtsouveräne Staat unterscheide sich von einer autonomen Provinz dadurch, daß nur der erstere sich in eine bestimmte Staatsform einordnen lasse, da er ein ‚nur ihm zugehöriges Herrschaftsorgan‘ habe. Denn das nichtsouveräne Gemeinwesen kann gar kein ‚nur ihm zugehöriges‘ Organ haben, da die Zurechnung erst bei der letzten, nicht weiter ableitbaren, höchsten, der souveränen Ordnung Halt machen kann, die allein der Endpunkt der Zurechnung ist. Jeder frühere Punkt ist nur ein vorläufiger, ist im Grunde nur ein Durchgangspunkt, der für die normlogische Operation der Zurechnung kein absoluter Ruhe- und Schlußpunkt sein kann. Darin drückt sich ja die schließliche Einheit aus, in der die Gliedstaaten mit dem Oberstaate als Teilordnungen einer Gesamtordnung verbunden sind, jene Einheit, kraft deren allein die Gliedstaaten zusammen mit dem Oberstaat letzten Endes als ein Staat, als Bundesstaat erkannt werden.“ „Der für die Bestimmung des nichtsouveränen Staates in der herrschenden Lehre so bedeutungsvolle Begriff des ‚eigenen‘ Rechtes oder ‚eigenen‘ Willens schließt die Vorstellung einer Zurechnung in sich, deren logische Natur und Gesetzlichkeit der herrschenden Lehre nicht klar geworden ist.“ „Warum aber soll nun gerade der Staat das Zwangsrecht als ein ‚eigenes‘ besitzen, nicht aber die Gemeinde? Das heißt aber nur: Warum kann die Zurechnung nicht bei der Gemeinde selbst Halt machen, sondern muß über sie hinaus gerade zum Staate als einem Endpunkt der Zurechnung gehen, so daß die Gemeinde nur als Stellvertreter, als Delegat oder Organ des Staates erscheint? Nur weil und sofern der Staat mit einer höchsten, letzten, nicht weiter ableitbaren, das heißt souveränen Ordnung identifiziert wird, sofern der Staat als die Personifikation der souveränen Rechtsordnung erscheint.“ „Preuß kann schlechterdings keinerlei zureichenden Grund dafür angeben, warum er im Verhältnis der sogenannten ‚Gliedstaaten‘ zu dem

ihnen übergeordneten Reiche auf die Zurechnung zu der höheren Ordnung, der rechtlich übergeordneten Persönlichkeit verzichtet. Warum waren die deutschen ‚Gliedstaaten' bei Vornahme von Gebietsänderungen nicht Organe des Reiches? Nur sofern man die Einzelstaaten in dieser Richtung als letzte, höchste, das heißt als souveräne Ordnungen voraussetzt — und das ist nur möglich, wenn man zu der allgemeinen Voraussetzung in Widerspruch gerät, derzufolge das Reich den ‚Gliedstaaten' übergeordnet ist — kann man ihnen im Sinne Preuß' Gebietshoheit zusprechen." „Allein gerade diese Delegation oder Verweisung zwingt die juristische Erkenntnis, rückläufig die Normen des Verordnungssystems in die höhere, delegierende Ordnung zu verlegen, sie dorthin ‚zuzurechnen', von wo die Verweisung ausgeht. In dieser Delegation oder Verweisung ist rechtlich nichts anderes als eine ‚Ermächtigung' zu erblicken. Und es liegt rechtslogisch der gleiche Gedanke vor, ob man den die Delegation enthaltenden Blankettrechtssatz als einen Rahmen vorstellt, der von den delegierten Verordnungsrechtssätzen ausgefüllt wird, oder ob man im Sinne der in der Delegation gelegenen Ermächtigung die Normen der ermächtigten Stelle der ermächtigenden Autorität zurechnet, sowie man die Rechtshandlung des Bevollmächtigten dem Vollmachtgeber zurechnen muß. Delegation, Verweisung, Ermächtigung, Vollmacht, all dies sind im Grunde genommen — wenn nicht überhaupt Synonyma — so doch nur Spielarten des gleichen normlogischen Verhältnisses, das seinem Wesen nach keineswegs auf das Rechtsgebiet beschränkt ist." „Die Sätze, daß das Völkerrecht nur die Staaten verpflichte und daß es eine von den staatlichen Rechtsordnungen gänzlich unabhängige und verschiedene, weil aus einer anderen Quelle abgeleitete Ordnung sei, stehen zueinander in einem logischen Widerspruch. Um ihn zu begreifen, muß man allerdings erkannt haben, daß für die juristische Betrachtung Staat und Rechtsordnung identisch sind, so identisch, daß es einen Pleonasmus bedeutet, von staatlicher Rechtsordnung zu sprechen. Und vielleicht zeigt sich diese Identität nirgends deutlicher und augenfälliger als gerade hier, wo die fundamentale Frage auftaucht: ‚Wann ist eigentlich eine menschliche Handlung Staatsakt, auf Grund welches Kriteriums vollziehe ich die Zurechnung zum Staate?' Und wo — gerade für diese Problemlage — als einzig mögliche Antwort die Erkenntnis sich

aufzwingt, daß nur als Inhalt, nur als bestimmt qualifizierter Inhalt einer Norm, und zwar einer Rechtsnorm, menschliche Handlung als Staatsakt erkannt werden kann, daß der Staat nur die Ordnung und offenbar nur die Rechtsordnung menschlichen Verhaltens, daß die Person des Staates nur die Personifikation dieser Ordnungseinheit sein kann." „Die Völkerrechtliche Pflicht muß als Bestandteil der staalichen Rechtsordnung oder die staatliche Rechtsordnung als Bestandteil der völkerrechtlichen erkannt werden. Sonst ist die Vorstellung unmöglich, daß ein Mensch, der Staatsorgan ist, als solcher, daß also der Staat (der ja die Personifikation einer Rechtsordnung ist) so handeln solle, wie völkerrechtlich geboten erscheint. Wenn somit menschliches Verhalten vorliegt, das dieser Pflicht nicht entspricht, kann keine Organhandlung angenommen werden, weil die Zurechnung zum Staate unmöglich wird, denn diese ist nur auf Grund der Rechtsnorm vollziehbar, die eine Handlung als gesollt setzt. Erkennt man das Recht als Zwangsordnung, den Rechtssatz somit als Aussage darüber, unter welchen Bedingungen Zwang geübt werden soll, dann ist — streng genommen — überhaupt nur der Zwangsakt zurechenbar, dem Staate zurechenbar. Das Unrecht ist stets nur die Bedingung, niemals der Inhalt staatlichen (das ist rechtlichen) Wollens oder Handelns." „Indes zeigt die Problematik des Begriffs des Staatsorgans, die Unmöglichkeit, juristisch zwischen Staatsorgan und Untertan prinzipiell zu unterscheiden, die Hinfälligkeit der These, daß nur Staaten, nicht aber Menschen Subjekte des Völkerrechts seien. Juristisch kann als Organ des Staates, das heißt aber: als Organ der Rechtsordnung nur ein Mensch bezeichnet werden, dessen Verhalten dem Staate auf Grund von Rechtsnormen darum zugerechnet wird, weil es — auf bestimmte Weise — als Inhalt dieser Rechtsnormen erscheint. Die Zurechnung zum Staate bedeutet für die formal juristische Betrachtung nur die Erkenntnis der Einheitsbeziehung, in der dieses menschliche Verhalten als Inhalt einer Norm zu anderen menschlichen Handlungen — als Inhalt von Normen desselben Systems, derselben Rechtsordnung — stehen. Organ des Staates ist, wer mit seinem Verhalten die Normen der staatlichen Ordnung erfüllt, das heißt das Recht realisiert. Es kommt natürlich darauf an, wie man den Rechtssatz konstruiert, um die einen oder die andern Handlungen als Staatsakte zu erkennen. Juristisch kann als Staatsakt nur die

Pflichterfüllung begriffen werden, und in der Eigenschaft als qualifizierter (bedingter) Norminhalt, als Pflichterfüllung erschöpft sich das rechtliche Wesen der dem ‚Staat‘ zuzurechnenden menschlichen Handlung, das Wesen der Organqualität.“ („Das Problem der Souveränität etc.“ S. 66, 68, 80, 112, 131, 147, 163.) Kelsen hat in den „Hauptproblemen“ von der Zurechnung eines „Seinstatbestandes“ zu einem Subjekte gesprochen. Dieser „Seinstatbestand“ bedeutet „menschliches Verhalten“. Kelsen übersieht aber, daß innerhalb der „normativen“ Verknüpfung der Zurechnung nicht Seinselemente, also Elemente „kausaler“ Verknüpfung auftreten können. Dieser Mangel der Kelsenschen Zurechnungslehre basiert auf dem weiteren, schon hervorgehobenen Mangel, daß Kelsen die ethische Hypostase des „Menschen“ mit ihrem Attribute des „Verhaltens“ nicht aufgelöst, sondern sie für das Gebiet der Theorie der Rechtserfahrung aufrechterhalten hat. Kelsens Begriff der „Zurechnung“ ist eben im wesentlichen ein ethischer Begriff geblieben. Vor allem aber geht aus eben angeführten Ausführungen Kelsens hervor, daß seine „Zurechnung“ eine „Operation“, also eine Methode ist, die sich im Gebiete der Logik, der juristischen Betrachtung, der Erkenntnis des Rechtes, nicht im Gebiete des Rechtes, in Rechtsverfahren abspielt. Immer wieder wird von „normlogischen“, von „juristischen“ Verhältnissen gesprochen, die aber nicht rechtliche Relationen, sondern Relationen im Denken des Juristen, des Betrachtens des Rechtes bedeuten, also einer sekundären, subjektiven Sphäre der Reflexion über das Recht, nicht der primären, objektiven Sphäre des Rechtes angehören. Wie Lask für das Gebiet der Logik „primäre logische Gegenstandsphänomen und bloße sekundäre logische Bemächtigungsphänomene“ unterscheidet[1], so müssen auch für das Gebiet des Rechtes primäre rechtliche Gegenstandsphänomene und bloße sekundäre rechtliche Bemächtigungsphänomene unterschieden werden. Diese beiden Arten von Phänomenen können auch im Gebiete der Logik als die beiden Sphären des „Transzendentalen“ (der synthetischen Urteile der Erkenntnis) und des „Formalen“ (der analytischen Urteile des Denkens) unterschieden werden. Kelsen übersieht nun, daß im Gebiete des Rechtes die primäre Gegenstandssphäre, die rechtlichen „Urphänomene“ (Lask) nur an den Urteilen des Rechtes aufgezeigt werden können, während die sekundären rechtlichen Bemächtigungsphänomene der Sphäre des

[1]) „Die Lehre vom Urteil“ 1912.

Denkens über das Recht angehören. Eine Erkenntnis des Rechtes, das heißt synthetische Rechts erkenntnisurteile gibt es überhaupt nicht, wofern wir an Kants scharfer Unterscheidung von „Erkennen" und „Denken" festhalten, sondern lediglich eine denkmäßige Analyse vorausgegebener Synthesen des Rechtes. Hätte Kelsen „Erkennen" und „Denken" nicht verwechselt, so wäre ihm sogleich klar geworden, daß eine Zurechnung, von welcher er spricht, nicht der rechtlichen Gegenstandssphäre, sondern der rechtlichen Bemächtigungssphäre angehört, daß alle seine Gedankengänge über die „Zurechnung" an die „Rechtserfahrung", als Inbegriff der objektiven Rechtsrelationen gar nicht heranreichen, dann hätte er auch seine Untersuchung, die einer reinen „Rechtslehre" zustrebt, nicht auf die Betrachtung „normlogischer", „juristischer", soll heißen rechtswissenschaftlicher Verhältnisse, sondern ausschließlich auf die Betrachtung rechtlicher Verhältnisse, soll heißen verfahrensmäßiger Relationen abgestellt. Die Kategorie der „Zurechnung" ist, wie alle anderen Rechtskategorien, nicht in der Sphäre der Rechtswissenschaft, der Urteile über das Recht, sondern lediglich in der Sphäre des Rechtes, der Urteile des Rechtes aufzusuchen. Wenn, wie Kelsen sagt, der Jurist „rückläufig" zurechnet, so bedeutet das, daß das Denken über das Recht ausschließlich die Aufgabe hat, die progressiven Synthesen des Rechtes regressiv zu analysieren, was genau der von Kant umgrenzten Aufgabe der Naturphilosophie bezüglich der Urteile der mathematischen Naturwissenschaft entspricht. Da aber die Theorie der Rechtserfahrung ausschließlich kraft der transzendentalen Methode, kraft ausschließlicher Bezugnahme auf die Rechtserfahrung, die primäre rechtliche Gegenstandssphäre, möglich ist, kann auch ihr an der rechtlichen Zurechnung orientierter Begriff der Zurechnung nicht mit dem ethischen Begriffe der Zurechnung verwechselt werden, gibt es für die Theorie der Rechtserfahrung kein „normlogisches Verhältnis, das seinem Wesen nach keineswegs auf das Rechtsgebiet beschränkt ist." So gibt es vor allem für die Theorie der Rechtserfahrung kein „Subjekt" der Zurechnung, keinen „Menschen", kein „Organ", keinen „Staat". Für Kelsen ist der Staat die „Personifikation der Rechtsordnung": er macht aber nicht klar, daß diese „Personifikation" eine unzulässige, weil nicht in der Rechtserfahrung zu rechtfertigende „Personifikation" ist, daß in der Rechtserfahrung keine „Personen", sondern nur verfahrensmäßige

Rechtssatzfunktionen anzutreffen sind[1]). Keine rechtswissenschaftliche „Voraussetzung" reicht an die Rechtserfahrung heran: Die Theorie der Rechtserfahrung hat es nicht mit den Voraussetzungen, den Hypothesen der Rechtswissenschaft, sondern mit den in Rechtsverfahren zu Tage tretenden Voraussetzungen, Hypothesen des Rechtes zu tun. Also kann auch keine rechtswissenschaftliche „Voraussetzung" — die immer nur auf offenen oder versteckten ethisch-politischen Postulaten beruht — eine „Rechtsordnung" zu der „höchsten", zur „unableitbaren", „souveränen" Rechtsordnung machen, der als ihrem Endpunkte die Tatbestände zugerechnet werden. Nur das Recht allein rechnet kraft der Beharrlichkeit des Rechtsverfahrens alle Rechtsverfahren einem Grundverfahren zu.

Für Kelsen ist übrigens die „Zurechnung zum Staate" nur eine besondere Art der Zurechnung — eine Aufstellung, die aber in scharfem Widerspruche zu seiner weiteren Aufstellung steht, daß der Staat die Personifikation der Rechtsordnung, Staat und Recht identisch seien: denn wenn es auch andere rechtliche Zurechnungen als jene zum Staate gibt, dann gibt es eben auch Rechtsurteile, die nicht Staatsrecht sind, sind Staat und Recht nicht identisch, sondern reicht der Umfang des Rechtes über den Umfang des Staates hinaus. Kelsen überwindet allerdings diesen Widerspruch indem er ausführt: „Die rein formale Systematik des objektiven Rechtes, die sich aus der richtig erkannten Konstruktion des Rechtssatzes ergibt, teilt die Rechtssätze nach ihrer spezifisch formalrechtlichen Funktion der Verpflichtung in solche, welche die Staatsperson und in solche, welche auch die übrigen Subjekte verpflichten. Will man die den Staat verpflichtenden Normen

[1]) Kelsens Lehre vom Staate als Zurechnungsendpunkte hat eigentlich nur einen negativen Wert. Sie deckt den Wesenskern eines der Grunddogmen der herrschenden Staatsrechtslehre, des Dogmas von der Persönlichkeit des Staates auf: Die herrschende Staatsrechtslehre rechnet kraft ethisch-politischer, in formallogischem Gewande auftretender Postulate das Recht einer metarechtlichen Staatspersönlichkeit zu. (Vgl. hiezu demnächst mein Buch über „Staat und Recht"). Positiven rechtstheoretischen Wert gewinnt die Lehre von der Zurechnung erst, wenn sie als eine dem Rechte immanente, in Rechtsverfahren auftretende, nicht kraft ethisch-politischer Postulate, sondern kraft positiver Rechtssätze vollzogene Verknüpfung aufgezeigt wird, welche einer im Rechte aufzeigbaren Zurechnungsgrundreihe untersteht.

Staatsrecht nennen, dann kann man sich der Erkenntnis nicht verschließen, daß alles Recht Staatsrecht ist, daß Staatsrecht der weitere Begriff ist, der alle übrigen möglichen Arten von Rechtssätzen in sich einschließt. Nur wenn man dem Begriff Staatsrecht diese Bedeutung gibt, kommt das spezifische Verhältnis von Staat und Recht richtig zum Ausdruck." („Hauptprobleme" S. 269.) Immerhin aber bleibt bei Kelsen die Annahme mehrerer Arten von Zurechnungen bestehen, weil Kelsens „Zurechnung" ein ethischer Begriff, Zurechnung zu einem Subjekte ist und es im Sinne der ethisch gefärbten Rechtsdogmatik mehrere Arten von Subjekten gibt. Das, was Kelsen in unsicher tastender, von ethischen Begriffen gefärbter Art und Weise „die spezifisch formal-rechtliche Funktion der Verpflichtung", den „Willen des Staates zu einem bestimmten eigenen Verhalten", den „Willen des Staates zu eine Unrechtsfolge (Strafe oder Exekution)" nennt, ist das Rechtsverfahren, die souveräne Methodik des Rechtes, innerhalb welcher kraft der synthetischen Grundsätze des Rechtes, deren einer nur der Grundsatz der Zurechnung ist, alle Tatbestände, auch die Subjektstatbestände aufgebaut werden. Das Rechtsverfahren also rückt in den Vordergrund der Betrachtung der Theorie der Rechtserfahrung: Alle Tatbestände stehen innerhalb des sie erzeugenden Rechtsverfahrens in wechselseitiger Zurechnungsverknüpfung, alle Rechtsverfahren stehen innerhalb des Rechtes in wechselseitiger Zurechnungsverknüpfung, alle Rechtsverfahren werden dem Staate zugerechnet, stehen in Zurechnungsbeziehung zu einem Grundrechtsverfahren. Diese primär nicht von den analytischen Urteilen der Rechtswissenschaft gedachte, sondern den synthetischen Urteilen des Rechtes immanente Einheitsbeziehung ist als Erhaltung des Rechtsverfahrens der synthetische Rechtsgrundsatz des Staates. Da die rechtliche Zurechnung als synthetische Verknüpfung von Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge — wie alle Rechtssatzfunktionen — nur als Inhalt von Rechtsverfahren auftreten kann, alle Rechtsverfahren aber nur Rechtsfolgen im Verhältnisse zu einem Grundrechtsverfahren als Rechtsvoraussetzung sind, werden alle Rechtsverfahren dem Staate zugerechnet, ist also die „Zurechnung zum Staate" nicht eine

besondere Art der rechtlichen Zurechnung, sondern die rechtliche Zurechnung, die Einheit der rechtlichen Zurechnung. „Staat und Zurechnung" sind eben korrelative Kategorien der Rechtserfahrung, welchen das korrelative Kategorienpaar „Substanz-Funktion" im Gebiete der Naturerfahrung entspricht. Oder um Kelsens Subjektbegriff zu verwenden: Nur dann, wenn es bloß ein Subjekt, das Staatssubjekt gibt, ist der Staat eine bloße Personifikation der Rechtsordnung, mit der Rechtsordnung identisch, weil alle Tatbestände ihm zugerechnet, sein „Wille", sein „eigenes Verhalten" sind.

Die bisherigen Ausführungen dürften genügen, um aufzuhellen, daß Kelsen seine beiden Postulate der Reduktion der Rechtswissenschaft auf die Lehre vom Rechtssätze und der Auszeichnung einer spezifisch rechtlichen Gesetzlichkeit nicht zu erfüllen vermochte, weil ihm „Rechtssatz" eine Norm bedeutet, die Imperative, ein „Sollen" für Menschen aussendet und weil er die Verbindung der Rechtsstufen durch Denkmittel stiften läßt: Ethik und Logik können keine reine Rechtslehre begründen. Es soll nun zur Untersuchung gestellt werden, ob Kelsen sein drittes Postulat — das der Einheit von Staat und Recht — erfüllt hat.

Einleitend postuliert Kelsen, daß der „Staat als Ordnung, und zwar als Rechtsordnung zu begreifen" sei. Wenn und inwieweit Kelsen die Erfüllung dieses Postulates gelungen ist, wird also sein Staat an der metarechtlichen — logischen und ethischen — Natur des Kelsenschen „Rechtes" teilhaben. „Erkennt man dagegen den Staat, so wie er sich der normativen Staats- und Rechtstheorie darbietet, als Norm oder Ordnung und als solchen identisch mit dem Rechte der als ‚Staat' bezeichneten Rechtsordnung, die zusammenfällt mit der als ‚Recht' bezeichneten Staatsordnung, dann ist der souveräne Staat eine höchste, das heißt von keiner höheren Ordnung ableitbar gedachte oder als oberste vorausgesetzte Ordnung. Da diese Untersuchungen rein juristische sein wollen, kommt der Staat hier nur als Gegenstand der Rechtswissenschaft in Betracht. Es bleibe völlig dahingestellt, ob unter ‚Staat' noch etwas anderes als ein Rechtsbegriff verstanden werden kann, oder ob — um mit der herrschenden Terminologie zu sprechen — der Staat neben seiner rechtlichen, noch eine andere ‚Seite' habe. Diese Theorie, die ‚den' Staat zugleich

als ein natürliches Faktum und eine juristische Person behauptet und so ein und dasselbe Objekt zum Gegenstand zweier, der Methode nach gänzlich auseinanderfallender Erkenntnisweisen, zweier verschiedener Betrachtungsrichtungen: einer soziologisch-naturwissenschaftlichen und einer normativ-juristischen, macht, verstößt gegen den Fundamentalsatz aller Erkenntnistheorie, daß der Gegenstand der Erkenntnis durch die Erkenntnisrichtung bestimmt sei und daß daher zwei verschiedene Methoden, wie die naturwissenschaftlich-kausale und die juristisch-normative, nicht ein und denselben Gegenstand — etwa den Staat ‚an sich' —, sondern zwei ebenso verschiedene Gegenstände erzeugen müssen, die mit dem gleichen Namen ‚Staat' zu bezeichnen, nur ein irreführender Fehler sein kann. Indes läßt sich leicht zeigen, daß alle Versuche, auf soziologisch-kausalwissenschaftlichem Wege an den Staat heranzukommen, das heißt den Staat als soziale Tatsache im Sinne eines natürlichen Faktums zu begreifen, fehlschlagen müssen, und daß alle in Betracht kommenden Versuche der Soziologie oder einer Staatssoziallehre an dem entscheidenden Punkte einen vollständigen Szenenwechsel, eine völlige Richtungsänderung aus einem kausalwissenschaftlichen in einen normativen Erkenntnisbereich vollziehen und den Staat schließlich als eine ideelle Ordnung, als ein Normensystem, somit als Idealität, nicht als Realität erweisen. In welchem Verhältnis diese Ordnung zu der Rechtsordnung steht, liegt ziemlich nahe, zumal wenn man bedenkt, daß von der Verlegenheitsformel, mit der sich die herrschende Lehre beruhigt, wenn sie meint, Staat und Recht seien zwei Seiten desselben Dinges (auch eine Zwei-Seiten-Theorie), nur ein kleiner Schritt zu der Erkenntnis ist, daß Staat und Recht eben dasselbe Ding seien. . . . Die grundsätzliche und wohl unanfechtbare Position, von der hier ausgegangen und deren Anerkennung vom Leser beansprucht wird, ist die: daß der Staat, insoferne er Gegenstand der Rechtserkenntnis ist, insoferne es überhaupt eine Staatsrechtslehre gibt, von der Natur des Rechtes, das heißt entweder die Rechtsordnung selbst oder ein Teil derselben sein muß, weil eben ‚rechtlich' nichts anderes begriffen werden kann als das Recht, und den Staat rechtlich begreifen (das ist wohl der Sinn der Staatsrechtslehre), nichts anderes

heißen kann, als den Staat als Recht begreifen. Daß aber der Staat, sofern er überhaupt als Ordnung erkannt ist — vom Standpunkt juristischer Erkenntnis —, nur die Rechtsordnung als Ganzes, nicht aber eine Teil-Rechtsordnung darstellen kann, das dürfte dann keines weiteren Beweises bedürfen, wenn man mit der herrschenden Lehre eine durchgängige Bezogenheit des Rechtes auf den Staat und des Staates auf das Recht anzunehmen und die Vorstellung, daß irgend ein Teil des Rechtes außerhalb des Staates oder irgend ein Teil des Staates außerhalb des Rechtes stehe, abzulehnen geneigt ist.“ (S. 10.) Diese grundsätzlichen Gedankengänge Kelsens wurden hier zur Gänze wiedergegeben, weil sie in doppelter Beziehung bedeutungsvoll sind. Erstens nämlich zeigen sie, daß niemand vor Kelsen das Postulat der Einheit von Staat und Recht mit auch nur annähernd gleicher Klarheit und Schärfe formuliert hat. Ferner aber lassen diese Gedankengänge auch erkennen, daß und warum Kelsen von der Erfüllung dieses Postulates noch erheblich entfernt ist. Das Postulat der Einheit von Staat und Recht kann nur unter der Voraussetzung restlos erfüllt werden, wenn gezeigt wird, daß Staat und Recht in der gleichen Sphäre wurzeln. Bei Kelsen aber ergibt sich ein Abstand des Staates vom Rechte, weil der Staat in der Sphäre des Denkens, der Rechtswissenschaft, der Urteile über das Recht, nicht in der Sphäre der Urteile des Rechtes wurzelt. Der Staat im Rechtssinne ist für Kelsen eine „gedachte“, nicht „rechtliche“ Ordnung, er ist ein „Gegenstand der Rechtswissenschaft“, nicht ein Gegenstand des Rechtes, er ist ein Erzeugnis der „normativ-juristischen“, nicht der rechtlichen Methodik, er ist etwas „Erkanntes“, „Begriffenes“, nicht etwas „rechtlich Erzeugtes“. Allerdings ist Kelsens Polemik gegen die Zweiseitentheorie“ [1]) beizupflichten: nur daß eben die Theorie

[1]) Die Zweiseitentheorie beruht auf einer Mißdeutung des Sachverhaltes, daß die objektive Rechtssphäre als Deutungsschema subjektiver Sphären verwendet wird. Kelsen hat freilich in seinen „Hauptproblemen“ festgestellt, daß die Jurisprudenz es nur mit der einen, der formalen Seite der „totalen Rechtserscheinung“ zu tun habe. Die Zweiseitentheorie ist eben der normativen Rechtsbetrachtung immanent, welche die totale Rechtserscheinung in die formale Seite der idealen Norm und die materiale („faktische“) Seite der normbefolgenden Menschen spalten muß. Kelsen versucht die Zweiseitentheorie durch Ausschaltung der „Faktizität“ des Rechtes zu überwinden. Er gelangt aber nicht nur zu einer

der Rechtserfahrung als transzendentale Analyse der synthetischen Urteile des Rechtes, als bloß über das Recht reflektierende, nicht das Recht konstituierende Wissenschaft die Zweiseitentheorie nicht dadurch überwinden kann, daß sie den Staat im Rechtssinne als in ihrer — niemals synthetisch konstituierenden — Methode, sondern nur dadurch, daß sie ihn als in der Methode des Rechtes erzeugt oder richtiger als die erzeugende Methode des Rechtes aufzeigt. Nur deshalb ist der Staat „von der Natur des Rechtes", weil er im transzendentalrechtlichen Sinne die Erhaltung des Rechtsverfahrens als rechtlicher Erzeugungsmethode, im empirischrechtlichen Sinne die durch die Erhaltung des Rechtsverfahrens gestiftete Einheitsbeziehung aller Rechtsverfahren auf ein Grundverfahren bedeutet, weil der „Staat" als konstituierende Bedingung den synthetischen Urteilen des Rechtes immanent ist. Es gibt für die Theorie der Rechtserfahrung kein Recht außerhalb des Staates, keinen Staat außerhalb des Rechtes — wie für die Theorie der Naturerfahrung keine „Substanz", keine „Energie" außerhalb der Natur, keine Natur außerhalb der „Substanz", der „Energie" — weil der „Staat" eine Kategorie des reinen Willens des Rechtes, eine in den synthetischen Urteilen des Rechtes sich vollziehende Bedingung der Möglichkeit der Rechtserfahrung ist. Staat und Recht sind durchgängig aufeinander bezogen, weil Staat und Recht als Erzeugung und Erzeugnis in unauflöslicher Korrelation stehen. Und in der von Kelsen hervorgehobenen Tendenz der neueren Staatsrechtslehre, Staat und Souveränität in Korrelation zu setzen, den Staat als Subjekt der Souveränität aufzuzeigen, drängt lediglich die Einsicht zum Durchbruch, daß der Staat als Erhaltung des Rechtsverfahrens das kategoriale Hauptmittel des Vollzuges der Eigengesetzlichkeit, der Souveränität des Rechtes ist.

„Es muß also auch in der herrschenden Vorstellung der (sich selbst) verpflichtende Staat mit dem was allein rechtlich ver-

willkürlichen Einengung der Rechtserfahrung, sondern muß diese „Faktizität" in der Voraussetzung bezüglich der „Wahl des Ausgangspunktes" doch wieder anerkennen, ja muß das Recht mit jener „Faktizität" als „logischer Ableitung" des Rechtes durchsetzen. Da Kelsen das Recht als „logische Ordnung" ansieht, ist freilich der Staat als „logische Einheit" mit dem „Rechte" Kelsens von gleicher, also nicht metarechtlicher Natur. Aber im Verhältnisse zum objektiven Rechte als souveränem Zusammenhange synthetischer Urteile bedeuten eben Kelsens logische Begriffe des Rechtes und des Staates — Metajurisprudenz.

pflichten kann, der Rechtsordnung, identifiziert werden. Nur daß sich eben, was materiell identisch ist, aus denkökonomischen Gründen in zwei formal verschiedenen Vorstellungen spaltet, der Staat als Objekt in der Rechtsordnung und der Staat als Subjekt dieser Rechtsordnung — also gleichsam sich selbst — unterworfen: Und dies geschieht durch den Denkbehelf der Personifikation. Dabei unterläuft, wie bei jeder zum Zwecke der Vereinfachung und Veranschaulichung vorgenommenen personifikativen Fiktion eine Verdoppelung des Erkenntnisobjektes: der Rechtsordnung als Objekt, d. h. als ein System von objektiv gültigen Normen menschlichen Verhaltens, tritt das Recht als Subjekt — die Person des Staates entgegen. Diese Verdoppelung bleibt insolange ein nützlicher Denkbehelf, als man sich ihres Charakters bewußt bleibt. Sie wird aber zu einer gefährlichen Fehlerquelle, zu einem steten Anlaß der törichtesten Scheinprobleme, wenn man die Personifikation real setzt, hypostasiert und mit der Person des Staates als mit einer von dem Personifikationssubstrat, der Rechtsordnung, verschiedenen selbständigen Wesenheit operiert, den Staat das Recht ‚erzeugen', ‚tragen' läßt, als ob der Staat noch etwas anderes wäre als eine Menschen verpflichtende Ordnung und sich so plötzlich vor die Frage gestellt sieht, wie es denn möglich sei, daß der Staat, der das Recht ‚erzeugt', durch eben dieses Recht selbst „gebunden" werden könne. Das ist ja das vielumstrittene ‚Problem' der Selbstverpflichtung des Staates, in dem die Rechtswissenschaft die Rolle des Zauberlehrlings spielt: die sie rief, die Geister, wird sie nun nicht los. Sie vergißt, daß sie sich die Person des Staates nur zur Veranschaulichung der in aller Vielfalt ihrer Normen doch einheitlichen Ordnung erzeugt hat, daß die logische Einheit der Rechtssätze eines und desselben Systems nur in dem Bilde eines einheitlichen Willens — der sogenannte Wille der Rechtsordnung ist identisch mit der Person des Staates, ‚Wille' und Persönlichkeit juristisch eins — vorgestellt wird: Sie übersieht darum, daß Pflichten und Rechte des Staates als einer Person nichts anderes heißt als: in einer Rechtsordnung statuierte Rechte und Pflichten, daß die Zurechnung zu einer Person des Staates nur der bildliche Ausdruck jenes Einheitsbezuges ist, in dem die Pflichten und Rechte statuierenden Normen stehen. Wird ein Subjekt von Rechten und Pflichten behauptet, so wird immer behauptet, daß



gewisse Pflichten und Rechte in einem einheitlichen System stehen. So zeigt sich das ganze Problem einer ‚Selbst‘-Verpflichtung des Staates als eine durch die Personifikation erzeugte künstliche Schwierigkeit, als ein Scheinproblem.“ (S. 17.) Mit vollem Rechte bekämpft Kelsen den „Denkbehelf“, das „Bild“ der Staatsperson, die Verdoppelung von Staat und Recht und das sich daraus ergebende Problem der Selbstverpflichtung des Staates. Aber leider bleibt Kelsen bei der Kritik stehen, zeigt nicht auf, welche objektiven Rechts-Sachverhalte den subjektivistischen Deutungen der Staatsrechtslehre zugrunde liegen[1]). Nicht darauf kann es der Theorie der Rechtserfahrung ankommen, die „Staatsperson“ als logischen Behelf — als „Denkbehelf“ — zur Erfassung logischer Relationen, der „logischen“ Einheit der Rechtssätze, zu erweisen, sondern klarzustellen, welche primären Rechtsrelationen als „Staatsperson“ in die sekundäre Sphäre der formalen Logik übersetzt werden. „Der sich selbst zum Rechte verpflichtende Staat, der Staat als Träger und Erzeuger des Rechtes“ sind mit den Mitteln der formalen Logik erzeugte ethisch-politische (subjektivistische) Bilder für den objektiven Rechtssachverhalt, daß der Staat als Erhaltung des Rechtsverfahrens die Erzeugungsmethodik des Rechtes bildet.

Die Methodik der Erzeugung — das Rechtsverfahren — wird in personifikativer Hypostasierung zum Staatssubjekte erhoben, aus der Korrelation zu ihren Erzeugnissen herausgehoben und dem Rechte gegenübergestellt. Insbesondere die Behauptung, daß der Staat sich selbst zum Rechte verpflichte, ist lediglich der metarechtliche Ausdruck für den transzendentalrechtlichen Sachverhalt, daß das Recht sich selbst in seiner Methodik — dem Rechtsverfahren —

[1]) Dieser Einwand muß überhaupt gegen Kelsens Theorie der Rechtsperson erhoben werden. Kelsen läßt uns nicht nur im Unklaren darüber, welche verfahrensmäßigen Rechtsrelationen der Hypostase der Person zugrunde liegen, hellt nirgends auf, ob „Person“ bloß ein irrtümlich verwendeter oder überhaupt kein Rechtsbegriff sei, sondern verwendet übrigens selbst an entscheidenden Stellen immer wieder den Begriff der „Person“, des „Rechtssubjektes“, und seiner „Rechte und Pflichten.“ Dieser Mangel wurzelt in Kelsens ethischer Dogmatik, welche das Recht als „Sollen“ auf „menschliches Verhalten“ bezieht, die „Zurechnung“ in ethischem Sinne als „Verknüpfung eines äußeren Tatbestandes mit einem Subjekte“ definiert, also das Recht folgerichtig in „Personen“ und „Sachen“ zerfällen muß. Hätte Kelsen seine Kritik des Begriffes der „Person“ radikal durchgeführt, so wäre er auch zu einer radikalen Revision seiner gesamten Rechtslehre gezwungen gewesen.

hervorbringe, also für die Souveränität des Rechtes. In diesem Sinne bedeutet die Personifikation des Staates allerdings eine Verdoppelung, eine Zerspaltung des Rechtes in Rechtserzeugung und Rechtserzeugnis, die aber innerhalb der Rechtserfahrung in unauflöslicher Korrelation stehen. Ebenso wie die sich selbst im Gottmenschen zur Natur herablassende, die Natur tragende und erzeugende absolute Substanz der Person Gottes, welche die Spekulationen der Theologie beherrscht hat, in der Theorie der Naturerfahrung zur relativen Substanz, zur Energie als der Natur immanenten Einheit der Funktionen wird, gestaltet sich die sich selbst im Rechtsstaate zum Rechte verpflichtende, das Recht tragende und erzeugende Person des Staates, welche die Spekulationen der Staatsrechtslehre beherrscht, in der Theorie der Rechtserfahrung zum Rechtsverfahren als Einheit der Rechtssatzfunktionen. Kelsen bekämpft die Theorie vom Staate als Erzeuger des Rechtes, ohne die berechtigte Tendenz dieser Lehre zu erkennen, weshalb er auch die Ansicht vertritt, daß das Recht sich nicht selbst erzeugen könne. Ohne Einsicht in die Dynamik des Rechtes ist eine Einsicht in das Wesen des Staates und damit auch eine Erfüllung des Postulates der Einheit von Staat und Recht unmöglich. Denn es muß immer wieder betont werden, daß das logische Postulat der Einheit, der logische Satz der Identität in keiner Weise besagt, ob die Urteile des Rechtes eine immanente Einheit, einen Erfahrungszusammenhang bilden. Die volle Anerkennung des logischen Satzes der Identität verträgt sich vollkommen mit dem Zweifel daran, daß das, was „Recht" genannt wird, eine „Einheit" sei. Wer, wie Kelsen, die Behauptung aufstellt, daß der „Staat" nur die Einheit der Rechtsordnung bedeute, hat zwar intuitiv einen entscheidenden Fortschritt über die herrschende Staatslehre hinaus vollzogen. Aber zur Begründung dieser Behauptung darf, da zwischen logischen Postulaten und Erfahrungszusammenhängen ein weiter Abstand besteht, nicht das logische Postulat der Einheit angerufen, darf nicht von einer logischen Einheit der Rechtssätze gesprochen, sondern muß gezeigt werden, wie der „Staat" in der immanenten Gesetzlichkeit des Rechtes die Einheit des Rechtes, als Einheit der Dynamik des Rechtes vollzieht.

In seiner Polemik gegen Somló bemerkt Kelsen: „Da Somló



die ‚Gesellschaft' als ‚Normbefolgung' charakterisiert, steht wohl nichts im Wege, den Staat — im Sinne dieser Lehre — als Rechtsbefolgung zu bezeichnen. Freilich könnte man die Rechtsbefolgung ebensogut als Recht auffassen; es handelt sich ja um die Wirkung der Rechtsmacht. Und wenn die Befolgung der Normen einer Macht ‚Staat' heißt, dann kann die Macht ebensogut Staatsmacht genannt werden." (S. 35.) Was aber Somló und Kelsen von ihrer ethisch-subjektivistischen Betrachtung des Rechtes aus als „Normbefolgung" oder „Rechtsbefolgung" charakterisieren, stellt sich in der Sphäre des objektiven Rechtes als Rechtsverfahren dar; also bedeutet der „Staat" als „Norm-" oder „Rechtsbefolgung" die Erhaltung des Rechtsverfahrens „Das muß nämlich speziell gegenüber Jellinek mit Nachdruck betont werden, daß inhaltlich der als Staat bezeichneten Zwangsordnung keinerlei ‚Schranken' in dem Sinne gesetzt sind, daß irgend ein spezieller Inhalt dem Wesen des Staates widerspräche. Jeder beliebige Inhalt kann von der Rechtsordnung aufgenommen werden." (S. 45.) Da Kelsen den Staat mit der Rechtsordnung identifiziert, die Rechtsordnung aber als Zwangsordnung charakterisiert hat, muß auch der Staat bei Kelsen „Zwangsordnung" sein. Es wurde bereits ausgeführt, daß die Lehre vom Rechte als „Zwangsordnung" eine ethisch-subjektivistische Deutung des Sachverhaltes ist, daß das Recht ein System von Verfahren darstellt, weil der „Zwang" der Ethik sich innerhalb des Rechtes als Rechtsverfahren darstellt. Das Recht als Verfahrensordnung bedeutet aber gleichzeitig das Recht als Staatsordnung: Denn „Staat" bedeutet ja die Erhaltung des Rechtsverfahrens, der das Recht erzwingende Staat bedeutet die Erhaltung des Rechtsverfahrens, also eine beharrende (transzendentale) Einheitsbeziehung aller empirischen Rechtsverfahren, nicht ein „Etwas" hinter den empirischen Rechtsverfahren. Gerade wenn Kelsen den „Zwang" als charakteristischen Inhalt des Rechtes bezeichnet und doch gleichzeitig behauptet, daß der „Staat" (das Recht) als Zwangsordnung jeden beliebigen Inhalt aufnehmen könne, wird klar, daß Kelsen den Begriff des Rechtsinhaltes in doppelter Bedeutung nimmt, mit dem Probleme der Unterscheidung der transzendentalrechtlichen und der empirischrechtlichen Bedeutung des „Rechtsverfahrens" ringt. Im transzendentalen Sinn bedeutet „Rechtsverfahren" die Souveränität der Erzeugungsmethodik des Rechtes, „Erhaltung des Rechtsverfahrens" die

Inhalt aufnehmen könne, in analoger Weise löst, wie wenn die Theorie der Naturerfahrung die Energie als energetische Einheitsbeziehung der Energien setzt. „Warum aber soll nun gerade der Staat das Zwangsrecht als ein ‚eigenes' besitzen, nicht aber die Gemeinde? das heißt aber nur: Warum kann die Zurechnung nicht bei der Gemeinde selbst Halt machen, sondern muß über sie hinaus gerade zum Staate als einem Endpunkt der Zurechnung gehen, so daß die Gemeinde nur als Stellvertreter, als Delegat oder Organ des Staates erscheint? Nur weil und sofern der Staat mit einer höchsten, letzten, nicht weiter ableitbaren, das heißt souveränen Ordnung identifiziert wird, sofern der Staat als die Personifikation der souveränen Rechtsordnung erscheint." (S. 68.) Kelsen hat schon an früherer Stelle (S. 12) behauptet, daß der Staat im Rechtssinne „von der Natur des Rechtes, das heißt entweder die Rechtsordnung selbst oder ein Teil derselben sein muß." Kelsen entscheidet sich nun zwar an der gleichen Stelle dafür, daß der Staat „die Rechtsordnung als Ganzes" bedeute: aber in seinen weiteren Ausführungen tritt, wie bereits in seinen „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre" eine Doppeltheit des Staatsbegriffes im Rechtssinn hervor: Der Staat bedeutet nach Kelsen einmal die „ganze Rechtsordnung", ist mit der Rechtsordnung einfach identisch, das anderemal aber bedeutet er den Zurechnungsendpunkt (innerhalb oder außerhalb der Rechtsordnung?), also nicht die ganze Rechtsordnung, die Rechtsordnung schlechthin, sondern eine bestimmte Rechtsordnung, die souveräne Rechtsordnung, neben welcher noch andere (nichtstaatliche, nicht-souveräne) Rechtsordnungen, wie die der Gemeinde, bestehen. Diese Doppeltheit des Staatsbegriffes bedeutet bei Kelsen einen unaufgeklärten Widerspruch, weil Kelsen es unterlassen hat,

den Staatsbegriff unter ausschließlicher Bezugnahme auf objektive Rechtssachverhalte, auf die Rechtserfahrung, zu bestimmen. Denn allerdings bedeutet „Staat im Rechte" ein Doppeltes: einmal die Kategorie des Staates als synthetischen Rechtsgrundsatz der Erhaltung des Rechtsverfahrens, den kategorialen Einheitsbezug aller Rechtsverfahren, ferner aber auch die jeweilige empirische Erfüllung der Staatskategorie in jenem konkreten Grundrechtsverfahren, in Beziehung zu welchem die Einheitsbeziehung aller anderen Rechtsverfahren sich empirisch darstellt. So entspricht zwar Kelsens „Staat als ganze Rechtsordnung" der Rechtskategorie der Erhaltung des Rechtsverfahrens, Kelsens „Staat als Zurechnungsendpunkt" dem bestimmten Rechtsgrundverfahren. Aber die Theorie der Rechtserfahrung wird es nicht nur überhaupt vermeiden, den „Staat" mit der Rechtsordnung zu identifizieren, weil „Recht" der übergreifende Erfahrungszusammenhang ist, innerhalb dessen „Staat" nur einen synthetischen Rechtsgrundsatz neben anderen bedeutet[1]), sondern wird auch in nicht bloß terminologischer, sondern sachlicher, weil von der Statik der formalen Logik zur Dynamik des Rechtes überleitender Berichtigung den Staat nicht als „Zurechnungsendpunkt", vielmehr als „Zurechnungsendreihe", richtiger — weil „Zurechnung" wieder nur ein in Verfahren sich vollziehender synthetischer Rechtsgrundsatz neben anderen ist — als „Verfahrensgrundreihe" bezeichnen, wobei aber immer festzuhalten bleibt, daß der „Staat als Erhaltung des Rechtsverfahrens" und der „Staat als Verfahrensgrundreihe" nur in zweifacher Weise die Einheit der Rechtserfahrung, einmal in transzendentaler, einmal in empirischer Beziehung kennzeichnen[2]).

III.

Der Grund aller Irrtümer der Rechtslehre Kelsens liegt in seiner Ansicht vom Verhältnisse der Rechtswissenschaft zum Recht, zu deren Prüfung nunmehr überzugehen ist. In seiner Vorrede, die wertvolle Aufschlüsse über Kelsens Theorie der Rechtswissenschaft

[1]) Vergl. meine oben zitierte Abhandlung „die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens."

[2]) In einer dritten Bedeutung erscheint „Staat" als bestimmte, konkrete Tatbestände innerhalb von Rechtsverfahren, zum Beispiel der Staat als „Subjekt des Völkerrechtes", die „Bundes"- und „Gliedstaaten", der Staat als „Fiskus". Dieser „Staat" steht mit den beiden ersterwähnten Staatsbegriffen in nur historischem, nicht rechtstheoretischem Zusammenhange.

gibt, führt er aus: „... Einheit aber wird, — nur zum Ausdruck für die Einheit juristischer Erkenntnis überhaupt, die — wie ich schon in meinen ‚Hauptproblemen' betont habe — nichts anderes zu ihrem Gegenstande haben kann als Rechtsnormen und die in der Erzeugung eines einheitlichen Systems von Rechtssätzen ihre Aufgabe als Wissenschaft erfüllt. Wenn, wie Paul Natorp so schön ausführt, die Frage nach der letzten Einheit der Erkenntnis überhaupt zwar Sache der Philosophie, aber auch den Einzelwissenschaften das Streben nach einer letzten Einheit nicht fremd ist, so mag es ja als Aufgabe der Rechtsphilosophie gelten: die schließliche Einheit der juristischen Erkenntnis auf den verschiedenen Rechtsgebieten zu behaupten und darzustellen, aber dann muß der Trieb zu dieser Einheit auch in den einzelnen Rechtsdisziplinen sich als die eigentliche schöpferische Kraft erweisen und es muß Rechtsphilosophie der Rechtswissenschaft immanent sein" (III.) Schon Kelsens letztangeführte Gedanken geben Gelegenheit, das Problem der „juristischen Erkenntnis" aufzurollen. Kelsen spricht durchgängig von „juristischer Erkenntnis". Also sei hier in Kürze aufgeklärt, was der Begründer des kritischen Idealismus, unter „Erkenntnis" versteht [1]). „Sich einen Gegenstand

[1]) Wir müssen uns hier damit begnügen, dieses Problem bloß flüchtig zu streifen. Eine umfassende und tiefgreifende kritische und positive Erörterung des Problems muß ich späteren Untersuchungen vorbehalten. Mit den Problemen der Transzendentalphilosophie vertrauten Lesern wird aber bereits aus den folgenden Andeutungen klar werden, in welcher Richtung wir die Lösung des Problems suchen. Dieser Leser wird es auch verstehen, wenn hier die Behauptung aufgestellt wird, daß vor Lösung des fraglichen Problems alle rechtstheoretischen Untersuchungen ein planloses Beginnen sind. „Meine Absicht ist, alle diejenigen, so es wert finden, sich mit Metaphysik zu beschäftigen, zu überzeugen: daß es unumgänglich notwendig sei, ihre Arbeit vorderhand auszusetzen, alles bisher Geschehene als ungeschehen anzusehen und vor allen Dingen zuerst die Frage aufzuwerfen: ‚ob auch so etwas, als Metaphysik überall nur möglich sei.' ... Gleichwohl getraue ich mir vorauszusagen, daß der selbstdenkende Lehrer dieser Prolegomena nicht bloß an seiner bisherigen Wissenschaft zweifeln, sondern in der Folge gänzlich überzeugt sein werde, daß es dergleichen gar nicht geben könne, ohne daß die hier geäußerten Forderungen geleistet werden, auf welchen ihre Möglichkeit beruht und, da dieses noch niemals geschehen, daß es überall noch keine Metaphysik gebe. Da sich indessen die Nachfrage nach ihr doch auch niemals verlieren kann, weil das Interesse der allgemeinen Menschenvernunft mit ihr gar zu innigst verflochten ist, so wird er gestehen, daß eine völlige Reform oder vielmehr eine neue Geburt derselben, nach einem bisher ganz unbekannten Plane, unausbleiblich

denken und einen Gegenstand erkennen, ist also nicht einerlei. Zum Erkenntnis gehören nämlich zwei Stücke: erstlich der Begriff, dadurch überhaupt ein Gegenstand gedacht wird (die Kategorie), und zweitens die Anschauung, wodurch er gegeben wird; denn könnte dem Begriffe eine korrespondierende Anschauung gar nicht gegeben werden, so wäre er ein Gedanke der Form nach, aber ohne allen Gegenstand und durch ihn gar keine Erkenntnis von irgendeinem Dinge möglich, weil es, soviel ich wüßte, nichts gäbe noch geben könnte, worauf mein Gedanke angewandt werden könnte. Nun ist alle uns mögliche Anschauung sinnlich (Ästhetik), also kann das Denken eines Gegenstandes überhaupt durch einen reinen Verstandesbegriff bei uns nur Erkenntnis werden, sofern dieser auf Gegenstände der Sinne bezogen wird. Sinnliche Anschauung ist entweder reine Anschauung (Raum und Zeit) oder empirische Anschauung desjenigen, was im Raum und der Zeit unmittelbar als wirklich durch Empfindung vorgestellt wird . . . .

Wir können uns keinen Gegenstand denken ohne durch Kategorien, wir können keinen gedachten Gegenstand erkennen, ohne durch Anschauungen, die jenen Begriffen entsprechen. Nun sind alle unsere Anschauungen sinnlich, und diese Erkenntnis, sofern der Gegenstand derselben gegeben ist, ist empirisch. Empirische Erkenntnis aber ist Erfahrung. Folglich ist uns keine Erkenntnis a priori möglich als lediglich von Gegenständen möglicher Erfahrung. Damit man sich nicht voreiliger Weise an den besorglichen, nachteiligen Folgen dieses Satzes stoße, will ich nur in Erinnerung bringen, daß die Kategorien im Denken durch die Bedingungen unserer sinnlichen Anschauung nicht eingeschränkt sind, sondern ein unbegrenztes Feld haben, und

---

bevorstehe, man mag sich nun eine Zeitlang dagegen sträuben, wie man wolle. . . . Der Schluß dieses Paragraphs ist also: daß Metaphysik es eigentlich mit synthetischen Sätzen a priori zu tun habe und diese allein ihren Zweck ausmachen, zu welchem sie zwar allerdings mancher Zergliederungen ihrer Begriffe, mithin analytischer Urteile bedarf, wobei aber das Verfahren nicht anders ist, als in jeder andern Erkenntnisart, wo man seine Begriffe durch Zergliederung bloß deutlich zu machen sucht. Allein die Erzeugung der Erkenntnis a priori sowohl der Anschauung als auch den Begriffen nach, endlich auch synthetischer Sätze a priori, und zwar im philosophischen Erkenntnisse, macht den wesentlichen Inhalt der Metaphysik aus." (Kant, „Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik die als Wissenschaft wird auftreten können.")

nur das Erkennen dessen, was wir uns denken, das Bestimmen des Objekts, Anschauung bedürfe; wo beim Mangel der letzteren der Gedanke vom Objekte übrigens noch immer seine wahren und nützlichen Folgen auf den Vernunftgebrauch des Subjekts haben kann, der sich aber, weil er nicht immer auf die Bestimmung des Objekts, mithin aufs Erkenntnis, sondern auch auf die des Subjekts und dessen Wollen gerichtet ist, hier auch nicht vortragen läßt."[1]) Kants Unterscheidung zwischen Denken und Erkennen, also zwischen den Gebieten der analytischen Urteile (formalen Logik) und der synthetischen Urteile (transzendentalen Logik) durchzieht das ganze System der „Kritik der reinen Vernunft". Als Gebiet der Erkenntnis werden von Kant die Urteile der mathematischen Naturwissenschaft — des einzigen synthetischen Einheitsbezuges von Begriff auf Empfindung, der Kant bekannt war — ausgezeichnet. Theologie, Kosmologie, rationale Psychologie hingegen, welche bisher im Mittelpunkte der philosophischen Spekulationen gestanden hatten, werden als Gebiete des Denkens, analytischer Urteile, als Ausgeburten der formalen Logik, welche lediglich ethische Postulate verhüllen, bestimmt. Theologie, Kosmologie und rationale Psychologie enthüllen sich als dogmatische Metaphysik, die immer entsteht, wenn ethisch-politische Postulate, ein Sollen durch die formale Logik zum Sein hypostasiert wird. Aufgabe der kritischen Metaphysik war es aber ausschließlich, sich als transzendentale Logik, als Theorie der Naturerfahrung zu konstituieren, d. h. die synthetischen Urteile der mathematischen Naturwissenschaft zu analysieren. Die von Kant als einzige Aufgabe der „theoretischen Philosophie" bestimmte transzendentale Analyse der synthetischen Urteile der mathematischen Naturwissenschaft ist nicht mit den analytischen Urteilen der formalen Logik zu verwechseln. Sie bedeutet lediglich — und das ist zugleich der Sinn der transzendentalen Methode, der „Bezugnahme auf das Faktum der Wissenschaft" —: daß die Philosophie keine zweite Natur neben der Natur der mathematischen Naturwissenschaft konstituieren könne, daß sie überhaupt von jeder unmittelbaren Bestimmung der „Empfindung" ausgeschlossen und darauf beschränkt ist, das, was die Urteile der mathematischen Naturwissenschaft in

[1]) Kant „Kritik der reinen Vernunft".

progressiven Synthesen zur Erzeugung gebracht haben, in der Reflexion regressiver Analysen zum Bewußtsein zu bringen [1]). Es läßt sich die „transzendentale Methode" auch dadurch charakterisieren, daß Kant den theologischen Dualismus, der eigentlich zwei „Naturen" (das „Reich der Gnade" und das „Reich der Natur") setzt, durch den Nachweis der Einheit der Natur, die für Philosophie und Naturwissenschaft nur eine sein könne, überwand und also auch die kritische Naturphilosophie auf dem Grunde des Positivismus begründete.

Die „Rechtswissenschaft" hat nun jederzeit den offenen oder versteckten Anspruch erhoben, „Recht" zur Erzeugung zu bringen, also ein „Recht" neben und über dem „Rechte der Rechtssätze zu konstituieren: „die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle" ist das Grunddogma des Naturrechtes, also auch der Rechtsdogmatik. Es ist der Dualismus zweier Rechte — des „Rechtes der Rechtswissenschaft" und des „Rechtes der Rechtssätze" — welcher die Rechtsdogmatik charakterisiert: das eine Recht — das Recht der Rechtswissenschaft, das Naturrecht — wird zu „Staat" und „Mensch" hypostasiert und dem anderen Rechte — dem Rechte der Rechtssätze, dem positiven Rechte — in ähnlicher Weise entgegengehalten, wie die Theologie ihre Natur — die Natur der scholastischen Spekulationen, die Metaphysik — zu „Gott" und „Mensch" hypostasierte und der anderen Natur — der Natur der Naturwissenschaft, der Physik — entgegensetzte. Die Rechtswissenschaft in ihrer trotz der Kritik der Freirechtler noch immer herrschenden Form der Rechtsdogmatik beruht auf der expliciten oder impliciten Voraussetzung, daß sie ihren „Gegenstand", das Recht, irgendwie

---

[1]) „Es ist unmöglich zu verhüten, daß, wenn die Erkenntnis nach und nach weiter fortrückt, nicht gewisse schon klassisch gewordene Ausdrücke, die noch von dem Kindheitsalter der Wissenschaft her sind, in der Folge sollten unzureichend und übel anpassend gefunden werden, und ein gewisser neuer und mehr angemessener Gebrauch mit dem Alten in einige Gefahr der Verwechslung geraten sollte. Analytische Methode, sofern sie der synthetischen entgegengesetzt ist, ist ganz was anderes, als ein Inbegriff analytischer Sätze: sie bedeutet nur, daß man von dem, was gesucht wird, als ob es gegeben sei, ausgeht und zu den Bedingungen aufsteigt, unter denen es allein möglich. In dieser Lehrart bedienet man sich öfters lauter synthetischer Sätze, wie die mathematische Analysis davon ein Beispiel gibt, und sie könnte besser die regressive Lehrart, zum Unterschiede von der synthetischen oder progressiven, heißen." (Kant „Prolegomena".).

„hervorbringe", **konstituiere**. Freilich hat das immer dringender erhobene Postulat des Rechts**positivismus** die Rechtsdogmatik in immer größere Verlegenheit gebracht, hat sie immer wieder vor verschiedene Fassungen des **einen** Problems gestellt, wie sich das „Recht der Rehtswissenschaft" mit dem „Rechte der Rechtssätze" vereinbaren lasse. Aber das Problem wurde nie gelöst, weil die Rechtsdogmatik dem Begriffe des **Positivismus** nur einen metarechtlichen Sinn zu unterlegen wußte, die „Positivität" („Realität") des Rechtes nicht in der durchgängigen verfahrensmäßigen Verwobenheit der immanenten Rechtsrelationen, sondern in der metarechtichen Beziehung auf den „Zwang" des „Staates" zu bestimmen suchte. Der Mangel einer Einsicht in die souveräne Eigengesetzlichkeit des Rechtes — das **Rechtsverfahren** — hat ein Verständnis des Begriffes des „Rechtspositivismus" und damit die Überwindung des Dualismus zwischen dem „Rechte der Rechtswissenschaft" und dem „Rechte der Rechtssätze" verhindert[1]). Wenn die Rechtswissen-

[1]) Kein Rechtsphilosoph hat bisher das zur Frage stehende Problem mit solcher Schärfe und Klarheit formuliert, keiner ist seiner Lösung so nahe gekommen, wie **Bergbohm** in seiner genialen Kritik der „historischen Rechtsschule": „Die Historiker verstehen unter Juristen nicht die fachmännisch gebildeten Personen in Stellungen, mit denen eine obrigkeitliche Gewalt verbunden ist, sie sagen auch nicht in nachlässiger Ausdrucksweise ‚hervorbringen', während sie ‚an den Tag bringen' oder ‚erzeugen', wo sie ‚Zeugnis über das Recht ablegen' meinen. Sondern sie sagen klar mit klaren Worten: die Männer der Wissenschaft als solche erzeugen selbständig Recht und die **Wissenschaft ist eine Rechtsquelle**. Dieser Satz — er bildet, wie fast selbstverständlich, einen heimlichen oder eingestandenen Glaubensartikel aller Naturrechtsphilosophie — aber ist so durch und durch naturrechtlich, daß da kein Drehen und Deuteln helfen kann. Vor allem zeigt sich in ihm eine gründliche Verkennung der Stellung, welche die Wissenschaft überhaupt dem Recht gegenüber einnimmt, wenn man nämlich in den Begriff der Wissenschaft nicht etwas hineinlegt, was in ihm niemals liegen, und aus dem Rechtsbegriff nichts fallen läßt, was er ohne sich aufzulösen nicht entbehren kann. Die Rechtswissenschaft hat sich zu ihrem Objekt genau so zu verhalten als wenn es eine Naturerscheinung wäre, der man weder etwas hinzufügen noch wegnehmen kann. Im Augenblick, wo sie dergleichen doch tut, hört sie eben auf Wissenschaft, das heißt systematische Erkenntnis dessen, was ist oder ‚was war zu sein. Einerseits kann die Jurisprudenz, da sie nur gereinigtes Denken ist, trotz größter Freiheit des Denkens kein Stückchen des gültigen Rechts durch Wegdenken seiner Rechtsnatur entkleiden, andererseits ist sie, in welchem Sinne immer man ihr schöpferische Kraft beilegen möge, nicht imstande Recht zu machen, das noch kein Recht war. Es gibt keine Wissenschaft, die irgendjemand wäre, der rechtsverbindliche Normen zu verordnen, die Macht hätte. Die Juristen haben mit der

schaft behauptet, daß sie nicht bloß ein Denk- sondern ein Erkenntniszusammenhang, nicht bloß eine über Gegenstände

Rechtsbildung gerade soviel zu tun wie andere Leute auch. Wie fänden sie auch die Gelegenheit dazu, da das Recht aus seinen wirklichen Quellen immer vollständig da ist! Man verwechsle nur nicht mit der Schaffung die Findung des Rechts, die mitunter allerdings scheinbar ebensoviel von einem Willensbeschluß wie von einer Verstandesoperation an sich hat. Angeregt und vorgeschlagen haben die Juristen viel, was auch wirklich Recht geworden ist, aber das hat nicht die Wissenschaft als solche getan. Wirklich von sich aus zu einem positiven Rechtssatz gemacht hat die Rechtswissenschaft noch keinen einzigen. Wenn sie also Recht zu erzeugen die Kraft besitzen und Recht erzeugt haben soll, wie nach Savigny und Puchta noch viele Juristen glauben, dann kann es sich nicht um positives Recht handeln, sondern um ein anderes, fälschlich bloß sogenanntes Recht, dessen Erdenker ihre geläuterte Einsicht in die juristischen Dinge zur rechtbildenden Macht zu erweitern versuchen. Das führt aber auf ein anonymes Naturrecht hinaus. Denn Naturrechtsphilosoph ist eben ein jeder, der da meint, es könne ein Recht geben, das dem ernst forschenden Denker nicht von außen dargeboten zu werden braucht, sondern aus ihm selbst gefunden werden könnte, mithin ist es auch jedermann, der auf jedwedes äußere Erkenntnismittel für die bereits als objektive Tatsache vollendet vorliegende Rechtssatzung verzichtet und demjenigen, die solches wissenschaftliche Denken üben, die wunderbare Kraft vindiziert, das von ihnen zu Erkennende zugleich selbst zu erzeugen. Das edelste ‚Bewußtsein' und die schönste ‚Idee' als solche tragen auch nicht eine Linie zum Wachstum, zur Änderung, überhaupt zur Entstehung des Rechts bei. Sie sind ohne Tat nichts. Der Gedanke muß erst noch einen besonderen Weg gehen, auf dem er das empfängt, was ihn zu Recht macht. War er vorher ein Vernunftsatz, eine sittliche Norm, eine auf praktische Erfahrung beruhende technische Regel oder war es vorher garnichts als ein Einfall, eine ‚Idee' — einerlei, ohne diesen Gang ist noch keiner Recht geworden, wird keiner Recht und kann keiner Recht werden. Erst auf diesem Gange wird er zu einer vorbestimmten Lebensregel, erhält er die Kraft, auch den Widerwilligen zum Gehorsam zu zwingen, wird er als mächtiger Wille besonderer Art objektiv verbindlich, rechtsverbindlich. Auf diesem Gange, der zeitlich nur einen Augenblick lang zu sein braucht und streng genommen auch nie länger ist — es ist der Augenblick, wo der Rechtssatz als solcher anerkannt, sanktioniert, gesetzt wird, das heißt eben Positivität erlangt — liegt seine individuelle Entstehungsgeschichte als Rechtssatz. Die Tat oder Taten aber, die ihm die spezifische Rechtseigenschaft oder Rechtsform verleihen, sind immer etwas äußerlich Wahrnehmbares, etwas Geschehendes und dieses, das historische Ereignis oder die Reihe der historischen Ereignisse, das ist eben das Geschichtliche, was unter allen Umständen zum Rechtwerden erforderlich ist." („Jurisprudenz und Rechtsphilosophie" S. 521 ff.) Bergbohm irrt allerdings, wenn er meint, daß die Rechtswissenschaft sich zum „Rechte" so verhalten müsse, wie die Naturwissenschaft zur Natur: Denn die „Natur", welche die Naturwissenschaft zu bestimmen hat, bedeutet „Empfindungen", als unbestimmten Gegenstand der Erscheinung, der erst in den einen Einheitsbezug von Begriff auf

reflektierende, sondern eine Gegenstände konstituierende Bewußtseinssphäre darstellt, müßte sie erweisen, daß ihre Urteile synthetische Urteile sind, daß sie einen synthetischen Einheitsbezug von Begriff auf Empfindung vollziehe. Abgesehen davon nun, daß ein solcher Nachweis bisher nie versucht wurde und — worauf hier nicht weiter eingegangen werden kann — unmöglich ist, so würde eben dieser behaupteter maßen in der Rechtswissenschaft vollzogene Einheitsbezug von Begriff auf Empfindung mit jenem Einheitzbezuge von Begriff auf Empfindung in Widerstreit treten, der sich im Rechte vollzieht: Zwei „Rechte" würden miteinander in Widerstreit geraten. So spitzt sich alles auf die Frage zu: Gibt es eine konstituierende Eigengesetzlichkeit des Rechtes und in welcher

---

Empfindung vollziehenden synthetischen Urteilen der Naturwissenschaft als bestimmter Gegenstand konstruiert, erzeugt wird. Das „Recht" hingegen, mit welchem es die Rechtswissenschaft zu tun hat, bedeutet synthetische Urteile, die selbst schon einen Einheitsbezug von Begriff auf Empfindung vollziehen. Nicht die Rechtswissenschaft, sondern das Recht steht den Erscheinungen in analoger Weise gegenüber, wie die Naturwissenschaft, die synthetischen Urteile der Naturwissenschaft und die synthetischen Urteile des Rechtes bilden das bedeutsame Analogon. Sehen wir aber von diesem Irrtum Bergbohms ab, so kann sein Verdienst, die Positivität des Rechtes mit dessen Dynamik in Beziehung zu setzen, gar nicht genug gerühmt werden. Auf die „Dynamik" des Rechtes verwiesen zu haben, darin liegt freilich schon der bedeutsame Fortschritt der „historischen Schule" gegenüber „der Naturrechtsschule" mit ihren formal logischen, material ethisch-politischen Spekulationen. Nur daß freilich die historische Rechtsschule auf eine geschichtliche Dynamik Bezug nahm und also die Wurzeln der Metajurisprudenz nicht vernichtete. In Bergbohms scharfer Formulierung wird aber klar, daß jener geschichtliche Gang, jenes historische Geschehen, jenes historische Ereignis, welches erst die Posivität verbürgt, Ahnungen der rechtlichen Dynamik, des Rechtsverfahrens sind. Das Rechtsverfahren als Eigengesetzlichkeit, als Souveränität des Rechtes verbürgt auch dessen Positivität (Realität), jene „Rechtserscheinung" ist „positiv", welche aus der Einheit der Rechtsverfahren, aus dem souveränen Rechtsursprung erzeugt, mit allen übrigen Rechtserscheinungen in durchgängiger verfahrensmäßiger Beziehung steht. Diese rechtsimmanente, also „positivistische" Bestimmung der „Posivität" vernichtet aber auch für immer den Dualismus zwischen dem „Rechte der Rechtswissenschaft" und dem „Rechte der Rechtssätze." Denn die „Wissenschaft als Rechtsquelle" ist kein „Verfahren", das innerhalb der Einheit der empirischen Rechtsverfahren liegt, steht mit den empirischen Rechtsverfahren in keinem verfahrensmäßigem Bezuge, fällt also aus dem Systeme des Rechtes in gleicher Weise hinaus, wie der „Wille Gottes" aus dem Systeme der Natur.

Urteilssphäre vollzieht sie sich? Wir richten an Kelsen und die gesamte Rechtsdogmatik die Aufforderung, entweder die Frage: wie sind synthetische Rechtsurteile a priori möglich? — zu lösen, oder einzugestehen, daß keine Grenze zwischen Naturrecht und positivem Rechte gezogen werden kann. Denn nur in der Einheit einer kontinuierlichen Synthesis kann sich die „Existenz“, die „Positivität“ des Rechtes begründen, nur synthetische Urteile sind Existentialurteile[1]). Von der Beantwortung der eben formulierten Frage hängt auch die Beantwortung der beiden weiteren Fragen ab, welche Sphäre — ob die der Rechtswissenschaft oder die des Rechtes — jener konstitutiven Sphäre, welche Kant als „Erkenntnis“ der mathematischen Naturwissenschaft und welche Sphäre jener des „bloßen Denkens“ entspricht und ferner, was „Gegenstand“ der Rechtswissenschaft ist. Die Rechtswissenschaft ist nun jederzeit in dem verhängnisvollen Irrtume befangen gewesen, daß das Recht sich zu ihr in einer analogen Gegenstandsbeziehung befinde, wie die „Natur“ zur Naturwissenschaft. Dabei wurde, weil man sich an die bloße Analogie der Wortstruktur von „Naturwissenschaft“ und „Rechtswissenschaft“ hielt, der aber keine Analogie der Sinnstruktur entspricht, übersehen, daß jene Natur, welche die mathematische Naturwissenschaft in ihren synthetischen Urteilen zur bestimmenden Erzeugung bringt, konstituiert. „Empfindungen“ als unbestimmten Gegenstand der Erscheinung bedeutet, daß diese „Natur“ im strengen Sinne eigentlich „an sich“ gar nicht besteht, vielmehr erst rekonstruktiv als eine Urteilskomponente aus den Urteilen der mathematischen Naturwissenschaft herausgelöst werden kann: die Natur als „Gegenstand“ der mathematischen Natur-

[1]) Vgl. Husserls scharfsinnige „Grundbestimmungen“ über analytische und synthetische Sätze („Logische Untersuchungen“ II. $_1$, S. 254 ff.) Wenn Husserl meint, daß Kants bezügliche Bestimmungen „keineswegs ‚klassisch‘ genannt zu werden verdienen“, so hat er mit Rücksicht auf Kants einführende — oben angeführte — Definition des Unterschiedes synthetischer und analytischer Urteile einigermaßen Recht. Husserl scheint aber zu übersehen, daß Kant in der „Kritik aller spekulativen Theologie“ — insbesondere in der Kritik des „ontologischen Beweises vom Dasein Gottes“ — das von Husserl ausgezeichnete Merkmal der synthetischen Sätze — die „explizite oder implizite Existentialsetzung“, die „empirische Daseinssetzung“ — mit schärfster Klarheit den synthetischen Urteilen vorbehalten und damit erst den eigentlichen Sinn seiner einführenden Definition geklärt hat.

wissenschaft liegt völlig innerhalb der Sphäre ihrer Urteile. Jenes „Recht" hingegen, welches „Gegenstand" der Rechtswissenschaft ist, bedeutet nicht Empfindungen als unbestimmte Gegenstände der Erscheinung, nicht erst zu erzeugende, zu konstituierende Tatbestände, die als bestimmte Tatbestände in der Sphäre der Urteile der Rechtswissenschaft liegen, sondern bedeutet selbst Urteile, einen souveränen Urteilszusammenhang, in dessen eigengesetzlicher Methodik, dem Rechtsverfahren, ein synthetischer Einheitsbezug von Begriff auf Empfindung vollzogen wird. Nicht die Rechtswissenschaft also, sondern das Recht entspricht der transzendentallogischen, konstitutiven Sphäre der „Erkenntnis": die synthetischen Urteile des Rechtes bilden die Analogie zu den synthetischen Urteilen der mathematischen Naturwissenschaft. Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zum Rechte hingegen, entspricht nicht dem konstitutiven Verhältnisse der Naturwissenschaft zur „Natur", sondern dem reflektiven Verhältnisse der Transzendentallogik (der Theorie der Naturerfahrung) zur mathematischen Naturwissenschaft: Rechtswissenschaft ist nur in reflektiver Beziehung auf das Faktum des Rechtes, als Theorie der Rechtserfahrung möglich. Wie Kant nachgewiesen hat, daß die formale Logik der dogmatischen Metaphysik, der rationalen Theologie, Kosmologie und Psychologie lediglich unter Bezugnahme auf das hypostasierte Material ethischer Postulate zu bestimmten Ergebnissen führt und die Metaphysik, um kritische Metaphysik zu werden, zu seins-, nicht bloß sollenswertigen Ergebnissen zu gelangen, ihre Analyse von Begriffen, welche Hypostasen ethischer Postulate sind, in eine Analyse der synthetischen Urteile der mathematischen Naturwissenschaft umwandeln, auf das Erkenntnismaterial dieser Urteile Bezug nehmen muß, ebenso läßt sich der Nachweis führen, daß die formale Logik der dogmatischen Metaphysik der Rechtsdogmatik — vor allem auch der Staatsrechtslehre — lediglich unter Bezugnahme auf das hypostasierte Material ethisch-politischer Postulate zu bestimmten Ergebnissen führt und die Rechtsmetaphysik, um kritische Metaphysik zu werden, zu seins- nicht bloß sollenswertigen Ergebnissen zu gelangen, ihre Analyse von Begriffen, welche Hypostasen ethisch-politischer Postulate sind, in eine Analyse der synthetischen Urteile des Rechtes umwandeln, auf das primäre, konstitutive Material dieser Urteile Bezug nehmen muß. Die

Rechtswissenschaft ist nicht eine primäre, konstitutive, synthetische Sphäre, eine Erkenntnissphäre, sondern eine sekundäre, reflektive, analytische Sphäre, eine Denksphäre: sie hat die Aufgabe, die progressiven Synthesen des Rechtes regressiv zu analysieren. Die „Rechtswissenschaft" ist also, wenn ihr rechtsmetaphysischer (naturrechtlicher) Inhalt vernichtet, ihr rechtspolitischer (ethischer) Inhalt abgesondert wird, im wesentlichen Philosophie des Rechtes als Theorie der Rechtserfahrung Aus dieser philosophischen Position der Rechtswissenschaft erklärt es sich auch, warum in neuerer Zeit der Wert rechtswissenschaftlicher Untersuchungen in so hohem Maße von philosophischer (erkenntnistheoretischer) Besinnung abhängig gemacht wird. Denn der sichere Gang einer konstitutiven Erfahrungswissenschaft ist unabhängig von erkenntnistheoretischer Fundierung: Man kann — in populär subjektiver Wendung — sagen: daß z. B. kein Physiker wegen mangelnder philosophischer Bildung zu falschen Ergebnissen gelangt ist, weil eben die Methodik der mathematischen Naturwissenschaft in souveräner Eigengesetzlichkeit beschlossen ist. Wenn aber an die Rechtswissenschaft das berechtigte Postulat erkenntnistheoretischer Besinnung gerichtet wird, so ist dieses Postulat in dem Sachverhalte begründet, daß die Rechtswissenschaft eine philosophische Disziplin ist, daß die Urteile der Rechtswissenschaft eine bloß sekundäre, reflektive Sphäre darstellen, welche die Souveränität ihre Methode — wenn von einer solchen überhaupt gesprochen werden kann — lediglich von der Souveränität der Methode der primären, konstitutiven Sphäre des Rechtes ableitet. Mit dieser Feststellung der bloß dienenden, denkenden Methode der Rechtswissenschaft, mit der Feststellung, daß die souveränen, konstitutiv bestimmenden, also erzeugenden Synthesen des Rechtes ausschließlich in der Sphäre des objektiven Rechtes, in Rechtsverfahren vor sich gehen, ist aber auch eine unverrückbare Grenze zwischen Naturrecht und positivem Rechte gezogen. Ein von der Rechtswissenschaft etwa „erzeugtes" Recht ist als Sollensrecht, als ethisch-politisches Postulat, allein das in der Einheit der Rechtsverfahren erzeugte Recht ist als Seinsrecht, als reales Recht erkannt, „Sollen und Sein" des Rechtes sind als fundamentale Gegensätze bestimmt [1]).

[1]) Das Verhältnis der reflektiven Sphäre der Rechtswissenschaft zu der konstitutiven Sphäre des Rechtes entspricht vollkommen dem von

Wenn von diesen, hier nur in Andeutungen gewonnenen Ergebnissen aus, an Kelsens Gedanken über die Rechtswissenschaft herangetreten wird, ergibt sich, daß Kelsen an dem Dogma von der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle nicht nur festhält, sondern dieses Dogma sogar mit besonderer Schärfe zur Geltung bringt. Es ist zunächst Kelsens Postulat einer „normativen Jurisprudenz", welches einer Prüfung bedarf. „Was speziell den Gegensatz von Sein und Sollen betrifft, so habe ich hier nur so viel zu

---

Kant dargestellten Verhältnisse der „philosophischen Erkenntnis" — die nach Kants strenger Terminologie bloß „Denken" ist — zur mathematischen Erkenntnis — der eigentlichen „Erkenntnis". „Die philosophische Erkenntnis ist die Vernunfterkenntnis aus Begriffen, die mathematische aus der Konstruktion der Begriffe. Einen Begriff aber konstruieren heißt: die ihm korrespondierende Anschauung a priori darstellen. ... Die deutsche Sprache hat für die Ausdrücke der Exposition, Explikation, Deklaration und Definition nichts mehr als das eine Wort: Erklärung und daher müssen wir schon von der Strenge der Forderung, da wir nämlich den philosophischen Erklärungen den Ehrennamen der Definition verweigerten, etwas ablassen und wollen diese ganze Anmerkung darauf einschränken, daß philosophische Definitionen nur als Expositionen gegebener, mathematische aber als Konstruktionen ursprünglich gemachter Begriffe, jene nur analytisch durch Zergliederung (deren Vollständigkeit nicht apodiktisch gewiß ist), diese synthetisch zustande gebracht werden und also den Begriff selbst machen, dagegen die ersteren ihn nur erklären. — Die Philosophie wimmelt von fehlerhaften Definitionen, vornehmlich solchen, die zwar wirklich Elemente zur Definition, aber noch nicht vollständig enthalten. Würde man nun eher gar nichts mit einem Begriffe anfangen können, als bis man ihn definiert hätte, so würde es gar schlecht mit allem Philosophieren stehen. Da aber, soweit die Elemente (der Zergliederung) reichen, immer ein guter und sicherer Gebrauch davon zu machen ist, so können auch mangelhafte Definitionen, das ist Sätze, die eigentlich noch nicht Definitionen, aber übrigens wahr und also Annäherungen zu ihnen sind, sehr nützlich gebraucht werden. In der Mathematik gehöret die Definition ad esse, in der Philosophie ad melius esse. Es ist schön, aber oft sehr schwer, dazu zu gelangen. Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht." („Kritik der reinen Vernunft", Ausgabe Cassirer, S. 484 ff.) In Anwendung dieser Gedankengänge Kants, aus welchen übrigens hervorgeht, daß Kant die Jurisprudenz zu den philosophischen, mit „analytischen Definitionen" befaßten Disziplinen, nicht zu den mathematischen, mit „synthetischen Definitionen" befaßten gerechnet hat, auf das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Recht, ergibt sich in doppeltem Gegensatze gegen die von Kelsen verschärften Aufstellungen der Rechtsdogmatik, daß die Rechtswissenschaft eine erklärende („explikative"), aber keine konstruktive Disziplin ist. Die Rechtswissenschaft hat die Konstruktionen des Rechtes zu erklären.

bemerken, daß ich an die übliche auf ihm beruhende Unterscheidung zwischen explikativen, das heißt auf der Welt des Seins und deren kausale Erklärung durch Naturgesetze gerichteten und normativen, das heißt der Welt des Sollens und den Normen zugekehrten Disziplinen, zwischen Kausal- und Normwissenschaft anknüpfe, um zu dem methodologischen Charakter der Jurisprudenz zu gelangen. Nur daß ich die Trennung zwischen Sein und Sollen, zwischen explikativer und normativer Betrachtung gerade der Rechtswissenschaft gegenüber schärfer durchführe, als es bisher üblich war, und für diese Disziplin eine rein normative Betrachtung in Anspruch nehme. Als normativ im ursprünglichen Sinne des Wortes gilt die Tätigkeit, welche autoritär Normen für das Verhalten von Subjekten setzt, gilt das auf eine faktische Herrschermacht gestützte Erlassen von bindenden Gesetzen und Verboten. Da es sich hiebei um eine Willens-, nicht um eine Denkfunktion handelt, kann eine Wissenschaft niemals in diesem ursprünglichen Sinne des Wortes als normativ bezeichnet werden. Nicht die ‚Ethik' benannte theoretische Disziplin ist der sittliche Gesetzgeber, sondern das menschliche Gewissen oder der Wille Gottes oder sonst eine willensbegabt gedachte Autorität. Nicht die Wissenschaft der Grammatik ist die Sprachbefehle erteilende Macht, sondern die den Sprachgebrauch bildende soziale Gemeinschaft. Und so ist auch die Jurisprudenz nicht normativ im Sinne einer rechtserzeugenden Gewalt, vielmehr muß hier, wie in allen Fällen, wo von normativen Disziplinen gesprochen wird, der fragliche Terminus in einer abgeleiteten Bedeutung gebraucht sein. Er kann nicht eine besondere Art des Wollens, er muß eine bestimmte Form des Denkens, eine eigenartige Betrachtungsweise kennzeichnen, die sich von der anderer Wissenschaften durch ihre spezifische Richtung unterscheidet und die darum eine normative genannt werden darf, weil sie nicht, wie z. B. die Naturwissenschaft, der Welt des Seins, sondern der Welt des Sollens zugewendet ist, weil ihr Ziel nicht, wie das der explikativen Disziplinen, kausale Erklärung des tatsächlichen Geschehens, also die Erkenntnis von Naturgesetzen, sondern die Erfassung von Normen ist. Ob und inwieweit die Jurisprudenz eine normative Disziplin in dem eben entwickelten Sinne ist, muß das Kardinalproblem juristischer Methodologie, somit die prinzipiellste Voraussetzung aller Rechtswissenschaften sein. Dabei kommt aller-

dings schon von vornherein nur die dogmatische Jurisprudenz in Frage und auch diese nur, soweit sie sich mit der Stabilisierung der juristischen Grundbegriffe befaßt. Die Rechtsgeschichte fällt dabei außer Betracht. Diese ist ein Zweig der historischen Disziplinen und als Kausalwissenschaft weit mehr mit der Naturwissenschaft und der Psychologie verwandt als mit der Jurisprudenz oder mit der Ethik. Vom methodologischen Standpunkt aus betrachtet, besteht zwischen Rechtsgeschichte und dogmatischer Jurisprudenz oder Rechtsphilosophie — wenn man die Gewinnung der Grundbegriffe des Rechtes so nennen will — keinerlei Verbindung, und nur sehr äußerlich ist die Beziehung, die beide Disziplinen in einer gemeinsamen ‚Rechtswissenschaft' vereinigt. Die nach meinem Ermessen notwendige, in der vorliegenden Arbeit durchgeführte gänzliche Eliminierung des explikativen und die ausschließliche Akzeptierung des normativen Standpunktes für die Konstruktion der juristischen Grundbegriffe hat zur Voraussetzung die Möglichkeit einer scharfen Trennung beider Betrachtungsweisen, und diese ist, wie in den folgenden Untersuchungen gezeigt wird, gerade bei der Rechtswissenschaft in höherem Maße gegeben als beispielsweise bei der Ethik oder einer anderen der als normativ bezeichneten Disziplinen. Der Erfolg, den ich aus dieser Isolierung der Methoden gewonnen zu haben glaube, liegt in der Fixierung der Wiederherstellung der in letzter Zeit sehr zum Schaden der Rechtswissenschaft verschobenen und verwischten Grenzlinien gegenüber der Psychologie und Soziologie." „Da das Gebiet des Naturgesetzes die Welt des Seins, des wirklichen Geschehens ist, stellt sich jedes Naturgesetz als spezielle Anwendung des allgemeinen Kausalgesetzes dar; es zeigt eine besondere Art des Geschehens als notwendige Folge eines anderen, daß etwas und warum es so und nicht anders geschehen kann, also geschehen muß: es rückt das tatsächliche Geschehen dem menschlichen Verständnis näher: es erklärt. In einem völlig anderen Sinne wird das Wort Gesetz gebraucht, wenn man — nicht vom explikativen, sondern normativen Standpunkt aus — darunter jene Sätze versteht, die ein bestimmtes Geschehen vorschreiben, indem sie die Forderung eines gewissen Verhaltens aufstellen ein Sein oder Nichtsein befehlen: ein Sollen statuieren. Die Logik, Grammatik, Ästhetik, Ethik und Rechtswissenschaft sind die Disziplinen, die sich mit solchen ‚Normen' befassen; ihre Betrachtungsweise

wird darum als normative bezeichnet. Die Sitten- und Rechtsgesetze, die Normen der Logik, Grammatik und Ästhetik sind nicht, wie die Naturgesetze, Erklärungen des Seienden, sie behaupten nicht ein wirkliches Geschehen, sie fordern bloß eine solches, sie sagen nicht aus, daß etwas vor sich gegangen ist oder vor sich geht, weil es so vor sich gehen muß, sondern, daß es vor sich gehen soll. Die Norm ist keine Anwendung des Kausalgesetzes, denn sie erfaßt das Geschehen nicht als notwendige Folge einer Ursache: als gemußt, sondern lediglich als gesollt. Während die Naturgesetze das Geschehen, das sie aussagen, als ein wirkliches, tatsächlich sich vollziehendes, also in seiner Realität betrachten, kommen die Tatsachen, die den Inhalt der Normen bilden, für diese nur in jener ganz besonderen Relation der Idealität in Betracht, nämlich als gesollte. Wenn hier die Rechtswissenschaft zu den normativen Disziplinen gerechnet wird, so bedarf diese Charakterisierung noch einer gewissen Einschränkung, damit ein mögliches Mißverständnis vermieden werde. Der normative Charakter der Rechtswissenschaft äußert sich negativ darin, daß sie — wie bereits bemerkt — tatsächliches, der Welt des Seins angehöriges Geschehen nicht zu erklären hat, das heißt also keine explikative Disziplin ist; positiv aber darin, daß sie zu ihrem Gegenstande Normen hat, aus denen — und nicht aus dem wirklichen, unter dem Kausalgesetz stehenden Leben — ihre besonderen Rechtsbegriffe abzuleiten sind. Damit ist jedoch keineswegs der Rechtswissenschaft — die nur eine Wissenschaft des positiven Rechtes sein kann — jener Charakter gegeben, dessentwegen man mit vollem Rechte heute die Naturrechtssysteme verwirft. Denn wenn der modernen Rechtswissenschaft zur Aufgabe gestellt ist, nicht, was tatsächlich geschieht, kausal zu erklären, sondern Normen zu gewinnen, die statuieren, was geschehen soll, so darf der Inhalt dieser Normen — es sind die Rechtssätze — nicht, wie es die Naturrechtslehrer getan haben, aus der ‚Vernunft', aus der ‚Natur der Sache' oder aus sonst einem außerrechtlichen Prinzipe, sondern ausschließlich und allein aus dem positiven Rechte geholt werden. Nicht darum ist das allgemeine Staatsrecht der naturrechtlichen Schule zu verwerfen, weil es normativen Charakter hatte, sondern darum, weil die Normen, die es systematisch darstellte, keine Normen eines positiven Rechtes und darum überhaupt keine Rechtsnormen, sondern

— wie die folgenden Untersuchungen noch zeigen werden — Normen der Moral, Religion und anderer sozialer Mächte waren." („Hauptprobleme", S. VI., 5.) Diese grundsätzlichen Gedankengänge Kelsens erklären alle Irrtümer seiner Stellungnahme zum Probleme der Rechtswissenschaft. Kelsens Unterscheidung von „Naturgesetz" und „Norm", von „explikativen" und „normativen" Wissenschaften stützt sich mit ihren Grundgedanken auf Gedanken Windelbands[1]).

Windelbands Entgegensetzung von „Normen" („Prinzipien der Beurteilung") und „Naturgesetzen" („Prinzipien der Erklärung") zielt auf die Unterscheidung von „Ideal"- und „Real"gesetzen. Die gegen Windelband zu erhebende Einwendung, daß der Gegensatz von „Idealität" und „Realität", also von „Ideal- und Realgesetzen" nur ein relativer ist, soll hier nur erwähnt, aber nicht weiter ausgeführt werden. Denn wenn es auch absolute logische, ethische und ästhetische Idealgesetze im Sinne Windelbands gäbe,

[1]) „Die psychologischen Gesetze sind also Prinzipien der erklärenden Wissenschaft, aus denen der Ursprung der einzelnen Tatsachen des Seelenlebens abgeleitet werden muß: sie stellen — der Grundüberzeugung gemäß, ohne welche es keine erklärende Wissenschaft gibt — die allgemeinen Bestimmtheiten dar, vermöge deren jede einzelne Tatsache des Seelenlebens ebenso wie sie sich gestaltet, notwendig sich gestalten muß. Die Psychologie erklärt mit ihren Gesetzen wie wir wirklich denken, wirklich fühlen, wirklich wollen und handeln. Die „Gesetze" dagegen, welche wir in unserem logischen, ethischen und ästhetischen Gewissen vorfinden, haben mit der theoretischen Erklärung der Tatsachen, auf welche sie sich beziehen, nichts zu tun. Sie sagen nur aus, wie diese Tatsachen beschaffen sein sollen, damit sie in allgemein gültiger Weise als wahr, als gut, als schön gebilligt werden können. Sie sind also keine Gesetze, nach denen das Geschehen objektiv sich vollziehen muß oder subjektiv begriffen werden kann, sondern ideale Normen, nach denen der Wert dessen, was naturnotwendig geschieht, beurteilt wird. Diese Normen sind also Regeln der Beurteilung. Faßt man zunächst den Gegensatz in dieser Weise auf, so zeigt es sich, daß die beiden Gesetzgebungen, denen wir unser psychisches Leben unterstellt finden, diesen ihren gemeinsamen Gegenstand unter zwei ganz verschiedenen Gesichtspunkten betrachten und deshalb einander nicht ins Gehege zu geraten brauchen. Für die psychologische Gesetzgebung ist das Seelenleben ein Objekt der erklärenden Wissenschaft; für die normative Gesetzgebung des logischen, ethischen und ästhetischen Bewußtseins ist dasselbe Seelenleben ein Objekt idealer Beurteilung. Aus den Naturgesetzen begreifen wir die Tatsachen, nach den Normen haben wir sie zu billigen oder zu mißbilligen. Die Naturgesetze gehören der urteilenden, die Normen der beurteilenden Vernunft an. Die Norm ist nie ein Prinzip der Erklärung, so wenig wie das Naturgesetz je ein Prinzip der Beurteilung." („Normen und Naturgesetze" aus „Präludien" II., S. 67.)

so könnte doch deren Wesen nicht als „Norm" gedeutet werden. Vielmehr könnte der Ausdruck „Norm" nur eine subjektivistische Wendung, die Beziehung auf Subjektivität jener objektiven Sinngehalte, bedeuten, welche eben dem Subjekte als „Normen" gegenübertreten. Ideal- und Real-(Natur-) gesetze sind primär Gehalte von Urteilen, sind Urteile, Ideal- und Realgesetze können aber auch subjektiv gewendet als „Normen", als „Regeln der Beurteilung" dienen. Jede Norm, jedes Sollen deutet auf eine primäre Sphäre objektiver Sinngehalte hin, deren Beziehung auf Subjektivität erst die sekundäre Sphäre der Normativität hervorbringt. „Alle Wissenschaften haben irgendeinen praktischen Teil, der aus Aufgaben besteht, daß irgend ein Zweck für uns möglich sei, und aus Imperativen, wie er erreicht werden könne. Diese können daher überhaupt Imperativen der Geschicklichkeit heißen." (Kant: „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten".) „Es ist nun leicht einzusehen, daß jede normative und a fortiori jede praktische Disziplin eine oder mehrere theoretische Disziplinen als Fundamente voraussetzt in dem Sinne nämlich, daß sie einen von aller Normierung ablösbaren theoretischen Gehalt besitzen muß, der als solcher in irgendwelchen, sei es schon abgegrenzten oder noch zu konstituierenden, theoretischen Wissenschaften seinen natürlichen Standort hat. — Es ist nun klar, daß die theoretischen Beziehungen, die nach dem Erörterten in den Sätzen der normativen Wissenschaften stecken, ihren logischen Ort haben müssen in gewissen theoretischen Wissenschaften. Soll die normative Wissenschaft also ihren Namen verdienen, soll sie die Beziehungen der zu normierenden Sachverhalte zur Grundnorm wissenschaftlich erforschen, dann muß sie den theoretischen Kerngehalt dieser Beziehungen studieren und daher in die Sphären der betreffenden theoretischen Wissenschaften eintreten. Mit anderen Worten: Jede normative Disziplin verlangt die Erkenntnis gewisser, nicht normativer Wahrheiten; diese aber entnimmt sie gewissen theoretischen Wissenschaften oder gewinnt sie durch Anwendung der aus ihnen entnommenen Sätze auf die durch das normative Interesse bestimmten Konstellationen von Fällen." (Husserl: „Logische Untersuchungen", I., S. 47 ff.) Jede Untersuchung des „Normativen" bewegt sich also — wie Husserl gegen die Auffassung der Logik als normativer Wissenschaft eingewendet hat — in einer vergleichsweise sekundären, subjektiven Sphäre, welche auf eine primäre, objektive Sphäre

von Urteilsgehalten hinweist, jede normative Disziplin ist nur unter Voraussetzung einer übergeordneten theoretischen Disziplin möglich.

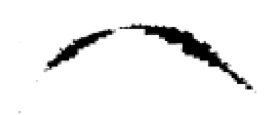
Es wurde bereits an früherer Stelle hervorgehoben, daß Kelsens Auffassung des Rechtes als eines „Sollens", einer „Norm" einer subjektivistischen (ethischen) Betrachtung des Rechtes entspringt. Das als „Sollen", als „Norm" betrachtete Recht kann dann allerdings nur Gegenstand einer „normativen" Rechtswissenschaft sein. Aber diese von Kelsen postulierte normative Rechtswissenschaft ist eben nur möglich unter Voraussetzung einer übergeordneten theoretischen Rechtswissenschaft (Theorie der Rechtserfahrung), welche nicht die normative, auf die Subjektivität beziehende Wendung des Rechtes, sondern die Beziehungen innerhalb der reinen objektiven Rechtssphäre untersucht. Würde also der gegen Windelbands Gedanken im allgemeinen erhobene Einwand sich im besonderen auch gegen Kelsens an Windelbands Gedanken orientierte Rechtslehre erheben lassen, so ergibt sich aber ferner bei näherer Untersuchung, daß Kelsens Berufung auf Windelband überhaupt nicht genügend fundiert ist. Denn selbst wenn man Windelbands Gedankengängen über die Unterscheidung von „Idealgesetz" („Idealer Norm") und „Realgesetz" („Naturgesetz") voll beipflichten könnte, so bliebe immer noch die Frage unbeantwortet, welche Bedeutung dieser Unterscheidung für die Rechtslehre zukommt, ob vor allem der Rechtssatz ein Ideal- oder ein Realgesetz (wenn auch nicht ein Gesetz der Naturrealität) ist? Kelsen jedoch behauptet bloß, daß das Recht ein Inbegriff idealer Normen sei, übersieht aber völlig, daß von dieser Auffassung aus niemals zur Positivität des Rechtes, zur Rechtserfahrung vorgedrungen werden kann. Allerdings muß — wie bereits ausgeführt — Kelsen die zeiträumlichen Elemente des Rechtes zugeben, womit er aber freilich selbst die Betrachtung des Rechtssatzes als „ideale Norm", als „Sollen" erschüttert, und — wenn er sich der Bedeutung des Begriffes der „Realität" bewußt geworden wäre — den Rechtssatz als Realgesetz — als Gesetz der Rechtsrealität — als Urteil, nicht als Beurteilung, die Rechtswissenschaft als theoretische, nicht als normative Disziplin hätte begreifen müssen[1]).

[1]) Somló („Juristische Grundlehre" S. 58) unterscheidet „Ideal-" und „Realgesetze" als „absolute" und „empirische" Normen und wirft Kelsen mit Recht vor, daß er das Recht als „absolute" Norm ansieht.

Ferner aber birgt Kelsens Begriff der normativen Wissenschaft eine verhängnisvolle Unklarheit und Zweideutigkeit in sich, welche Kelsen in die Arme des Naturrechtes getrieben hat. Windelband spricht von der „normativen Gesetzgebung des logischen, ethischen und des ästhetischen Bewußtseins", er nennt also „normativ" jenes Bewußtsein — sei es nun ein Wissenschafts- oder ein anderes Bewußtsein —, welches die Normen der Logik, Ethik und Ästhetik setzt, nicht aber jenes Bewußtsein, welches die so gesetzten Normen betrachtet, untersucht, darstellt; Kelsen aber nennt nicht das „Rechtsbewußtsein", das Recht, welches die Rechtsnormen setzt, ein normatives Bewußtsein, sondern jene Wissenschaft, welche die vom Rechte gesetzten Normen untersucht und betrachtet: die Jurisprudenz ist für Kelsen ein normatives Bewußtsein. Kelsen ist sich der Unklarheit und Gefahr seiner Terminologie wohl bewußt: deshalb will er den Begriff des „Normativen" nicht in ursprünglicher, sondern in abgeleiteter Bedeutung gebrauchen, ist die „Jurisprudenz nicht normativ im Sinne einer rechtszeugenden Gewalt". Aber gegen Kelsens „abgeleitete" Bedeutung des „Normativen" muß nicht nur eingewendet werden, daß sie eine höchst unglückliche, die Terminologie verwirrende Umdeutung der „ursprünglichen" — und feststehenden — Bedeutung des „Normativen darstellt [1]), sondern auch, daß Kelsen selbst, wie z. B. seine Lehre von den juristischen Voraussetzungen und Hypothesen, von der vorausgesetzten Ursprungsnorm beweist — der Jurisprudenz immer wieder im „ursprünglichen" Sinne normative, also naturrechtliche Aufgaben zuweist, daß er einfach am Dogma von der „Wissenschaft als Rechtsquelle" festhält. Über die Aufgabe der Jurisprudenz äußert sich Kelsen freilich in höchst unklarer Weise: Sie kann zwar einerseits nur eine Wissenschaft des positiven Rechtes sein, hat zu ihrem Gegenstande Normen, aus denen sie ihre besonderen Rechtsbegriffe abzuleiten hat, hat aber doch wieder andrerseits Normen zu gewinnen, die statuieren, was geschehen soll, wobei der Inhalt dieser Normen ausschließlich und allein aus dem positiven Rechte geholt werden muß. Es ist wohl unmöglich, sich aus diesen Gedanken ein Bild von der Aufgabe der Rechtswissenschaft zu machen, welche Unklarheit

[1]) Vgl. die Ausführungen Somlós, der mit Recht „nomothetische" und „nomographische" Wissenschaften unterscheidet („Juristische Grundlehre" S. 22).

umso befremdlicher ist, als ja gerade Kelsen immer von der Methode der Rechtswissenschaft spricht. Vielleicht meint Kelsen, daß die Rechtswissenschaft nur die Form der Normen, das Sollen zu gewinnen, hingegen ihren Inhalt aus dem positiven Rechte zu holen hat: welcher Ansicht freilich entgegenstünde, daß die Gewinnung der Soll-Form nur in naturrechtlichen Verkleidungen, Umformungen des positiven Rechtes bestehen kann und überdies ja nach Kelsen der Inhalt des Rechtes metarechtlicher Natur ist, also doch nicht aus dem positiven Rechte geholt werden kann. Schließlich aber muß festgestellt werden, daß überhaupt eine folgerichtige Unterscheidung der beiden Bedeutungen des „Normativen" in der Aufgabe einer Wissenschaft unmöglich ist. Selbst wenn die Rechtswissenschaft es sich zur Aufgabe stellt, „normativ" lediglich im „abgeleiteten" Sinne zu sein, muß sie notwendigerweise auch „normativ" im ursprünglichen Sinne werden. Denn eine Rechtswissenschaft, welche den Rechtssatz als „Norm", also in seiner Beziehung zur menschlichen Subjektivität bestimmt, muß, da sie die immanente wechselseitige Bestimmungsbezogenheit der Rechtserscheinungen in der objektiven Rechtssphäre nicht kennt, den „Sinn" des Rechtssatzes in der Auslegung selbst bestimmen, gerät also unvermeidlicher Weise aus der normativen Aufgabe im abgeleiteten, in die normative Aufgabe im ursprünglichen Sinne, muß sich selbst, die auslegende Wissenschaft, als normerzeugende Gewalt, als Rechtsquelle ansehen. Soll also an der Auffassung des Rechtssatzes als „Norm" überhaupt festgehalten werden — welche Auffassung freilich eine reine Rechtslehre unmöglich macht — so muß strenge geschieden werden zwischen der „Normativität" des Rechtes und der erklärenden Theorie jener Wissenschaft, welche diese „Normativität" zu ihrem Gegenstande hat. Die Zweideutigkeit des Kelsenschen Begriffes der Normativität hingegen, welche „Normativität" des Rechtes und „Normativität" der Rechtswissenschaft umschließt, ist nur ein Symbol des Sachverhaltes, daß Kelsen Recht und Rechtswissenschaft, positives und natürliches Recht nicht zu scheiden vermag. Es ergibt sich bei Kelsen die Sachlage, daß er berechtigte — weil auf die Naturwissenschaft bezogene — erkenntnis-theoretische Postulate des kritischen Idealismus um ihre Berechtigung bringt, indem er sie auf die durchaus andersgeartete Rechtswissenschaft



bezieht. Rechtsnormen sind ihm ausschließlicher „Gegenstand" der Rechtswissenschaft und „Erzeugung eines einheitlichen Systems von Rechtssätzen" wird als Aufgabe der Rechtswissenschaft angesehen: also ist das Recht „Erzeugungsgegenstand" der Rechtswissenschaft, entsteht das Recht in den Urteilen der Rechtswissenschaft. Ganz abgesehen davon aber, daß es ein immanenter Widerspruch der Kelsenschen Rechtslehre ist, wenn sie einerseits die Rechtswissenschaft als „erzeugende" Wissenschaft betrachtet und anderseits für die Rechtswissenschaft eine „statische" Methode postuliert, muß ferner Kelsen eingewendet werden, daß er mit durchaus naturrechtlichen Dogmen an die Bestimmung der Aufgabe der Rechtswissenschaft herantritt. Es kann auch nicht etwa gesagt werden, daß die „Rechtsnormen" unabhängig von der Rechtswissenschaft gegeben seien, und nur die Erzeugung eines einheitlichen Systems der Rechtsnormen Aufgabe der Rechtswissenschaft sei. Denn „System" ist nicht etwas, was als transzendente Schöpfung zu den einzeldastehenden Rechtssätzen hinzutritt, sondern die Rechtssätze sind positiv, bestehen nur kraft eines ihnen immanenten wechselseitigen Systembezuges. Das System des Rechtes wird in Rechtsverfahren, nicht von der Rechtswissenschaft erzeugt. Nicht die schließliche Einheit der juristischen Erkenntnis auf den verschiedenen Rechtsgebieten hat die Rechtsphilosophie zu behaupten und darzustellen, sondern die anfängliche primäre Einheit des Rechtes auf allen Rechtsgebieten durch Analyse des Rechtes aufzuzeigen, nicht den Rechtsdisziplinen, sondern dem Rechte, den Rechtsverfahren ist Einheit als „schöpferische Kraft" immanent. Wenn Kelsen ausführt: „Es handelt sich mir durchwegs um die Auflösung der im Denken des Juristen erstarrten, verdinglichten Rechtsgebilde, um ihre Rückführung auf die einfachen und reinen Relationen des Rechtssatzes" (IV), so kann diesem Postulate zwar zugestimmt werden; aber gerade Kelsen läßt das ganze Recht im „statischen" Denken des Juristen erstarren, nimmt nirgends auf die funktionalen Rechtsrelationen, auf die Rechtserfahrung Bezug. Kelsen verwahrt sich ferner gegen das „seltsame Mißverständnis", er lehre „positives Recht sei irgendwie nur aus vorgefaßten Ideen abzuleiten, sei abstrakt zu konstruieren" (S. V). Aber gerade Kelsen „Ursprungshypothesen" entpuppen sich, wie noch zu zeigen wird, als „vorgefaßte" — ethisch-politische — Ideen, als „abstrakte" —

von den Rechtskonkretionen weit abstehende — Konstruktionen. Kelsen führt schließlich in der Vorrede aus: „Solche logische Erzeugung aus dem Ursprung darf nicht mit naturrechtlichen Deduktionen verwechselt werden. Wenn mich ein Vorwurf trifft, ist es nicht der, daß ich zu wenig, sondern eher der, daß ich zu sehr Positivist bin. Doch sehe ich — heute noch deutlicher als früher — die Grenze, bis zu der der Positivismus in der Rechtserkenntnis geführt werden kann. Nur unkritischer Dogmatismus kann vermeinen, ein System positiven Rechts sei voraussetzungslos möglich." (VI.) Aber jede „logische Erzeugung" ist eben schon als „logische", nicht „rechtliche" Erzeugung eine naturrechtliche Deduktion, wobei jetzt noch die Frage unberührt bleibe, ob Kelsens „Ursprung" ein rechtlicher Ursprung ist. Ein „System positiven Rechtes" ist allerdings nicht „voraussetzungslos" möglich; aber es handelt sich lediglich darum, welcher Art diese Voraussetzungen sind, ob rechtliche, dem System immanente, oder metarechtliche, das System transzendierende Voraussetzungen. Die Frage nach der Art des Ursprunges tritt in den Vordergrund der Erörterungen. Die „Grenzen des Positivismus in der Rechtserkenntnis" können — da die Rechtswissenschaft gegenüber dem Rechte nur eine logisch-dienende Stellung einnimmt — lediglich durch die Grenzen des positiven Rechtes gegeben sein: Die Frage nach diesen Grenzen aber hat Kelsen unbeantwortet gelassen, weil er am Probleme der Eigengesetzlichkeit, der souveränen Erzeugungsmethodik des Rechtes vorbeigegangen ist.

IV.

„Daß aber eine Norm oder ein Normensystem, eine Ordnung, als ‚höchste' vorausgesetzt wird, ist ein Bild für eine bestimmte logische Qualifikation derselben. Sie wird damit als nicht weiter ableitbar, als logischer Ursprung gesetzt oder vorausgesetzt. In dem Bilde der Über- und Unterordnung des ‚Höheren' und ‚Niederen' kommt die logische Relation des Allgemeinen zum Besonderen, in dem Begriffe der Souveränität die Kategorie des Allgemeinsten, des ‚summum genus in logicis' zum Ausdruck." (S. 8.) Aber die „Souveränität" des Rechtes kann doch unmöglich eine logische Qualifikation des Rechtes, das Recht kann unmöglich aus einem logischen Ursprunge abgeleitet, die Souveränität als eigengesetzlicher Ursprung des Rechtes kann unmöglich bloß „gesetzt oder vorausgesetzt", also

vom Denken über das Recht an das Recht herangebracht sein: Die formale Logik reicht an die Erfahrungssphäre des Rechtes überhaupt nicht heran, kann dem Rechte die Souveränität weder geben noch nehmen. Wenn „Souveränität“ nicht ein Rechtsurteil oder eine transzendentalrechtliche Beziehung aller Rechtsurteile ist, kann sie, weil metarechtlicher Struktur, überhaupt nicht als ein Begriff der reinen Rechtslehre angesehen werden. „Nur wenn Souveränität als Eigenschaft des als Rechtsordnung bestimmten Staates erkannt wird, kann der gerade von der juristischen Seite der Staatstheorie aus gemachte Versuch, Souveränität als Rechtsbegriff zu deuten, einen Sinn erhalten. Ein prinzipieller Standpunktwechsel ist gegenüber der herrschenden Anschauungsweise notwendig. Nicht als die einem realen, physischen oder phsychischem Naturobjekt anhaftende reale und daher empirisch-induktiv beobachtbare Eigenschaft in der Außenwelt wahrnehmbarer Tatsachen ist Souveränität zu erkennen, sondern als eine Annahme, eine Voraussetzung im Denken des Staat und Recht erfassenden Betrachters. Und wenn etwa Souveränität als wesentliche Eigenschaft des Staates behauptet würde, so bedeutete dies, daß eine Ordnung (und zwar eine Zwangsordnung) als Rechts- oder Staatsordnung nur dann gelten könne, soferne ich, der Betrachter diese Ordnung als höchste, nicht weiter ableitbare — das und nichts anderes heißt aber ‚souverän‘ — voraussetze. . . . Juristische Erkenntnis aber setzt das Recht als ausschließliches, in sich geschlossenes System, als eine Welt für sich.“ (S. 13.) Wenn aber Souveränität eine Eigenschaft des als Rechtsordnung erkannten Staates ist, kann sie doch wohl, da die Rechtsordnung nur rechtliche, keine logischen Eigenschaften haben kann, nur eine rechtliche, nicht eine logische Qualifikation bedeuten. Was es aber mit der logischen Qualifikation der Souveränität auf sich hat, erfahren wir, wenn wir Kelsens Auffassung der „Souveränität“ als „Voraussetzung“, betrachten. Gerade seine Theorie der „Voraussetzungen“, der „Hypothesen“ der Rechtswissenschaft ist am tiefsten in die Metajurisprudenz des Naturrechtes verstrickt. Freilich, wenn bloß „ich“ durch eine Voraussetzung in meinem Denken die Souveränität der Rechtsordnung zu fundieren vermag, dann ist „Souveränität“ eine logische Qualifikation der Rechtsordnung. Dann aber stehen wir — und das sei Kelsen mit Nachdruck entgegen-

gehalten — wieder auf dem alten, wohlvertrauten, nur eben gerade von Kelsen selbst erschütterten Boden der Anerkennungstheorie, ist das Recht nicht Recht kraft einer ihm immanenten souveränen Eigengesetzlichkeit, sondern kraft Anerkennung eines vom Rechte ausstrahlenden logischen Imperativs durch den Betrachter. Es ist gleichgültig, ob das „Recht" als ethischer oder als logischer Imperativ auf die Subjektivität von Menschen bezogen und in deren Anerkennung fundiert wird: Anerkennungstheorie liegt immer vor. Kelsen bewegt sich, weil er seine Theorie des Rechtes nicht auf der transzendentalen Methode, in der ausschließlichen Bezugnahme auf Rechtserfahrung aufbaut, völlig in der Sphäre einer an das objektive Recht nicht heranreichenden logischen Subjektivität, welche eine ethisch-politische Subjektivität verhüllt. Souveränität der Rechtsordnung und einer Rechtsordnung wird nicht vorausgesetzt, nicht anerkannt, sondern ist oder ist nicht; das heißt: die Frage der Souveränität wird ausschließlich durch Analyse objektiver Rechtssachverhalte entschieden. Es ist völlig belanglos, was ich, der Betrachter, in meinem über das Recht reflektierendem Denken „voraussetze", „anerkenne": genau so belanglos, wie — um einen von Kelsen in den „Hauptproblemen" gegen die Anerkennungstheorie verwendeten Vergleich zu berufen — daß Rostands „Chanteclair" vermeint, durch sein Krähen alltäglich den Sonnenaufgang herbeizuführen. Nicht die „juristische Erkenntnis" setzt die Rechtsordnung als ausschließliches, in sich geschlossenes System: Sondern das Recht selbst setzt sich in seiner eigengesetzlichen Erzeugungsmethodik des Rechtsverfahrens, welche von der juristischen Erkenntnis nicht konstituiert wird, sondern über welche die juristische Erkenntnis nur reflektiert, als souveränen Zusammenhang synthetischer Urteile. Und nicht die juristische Erkenntnis setzt kraft ihrer Voraussetzung eine Rechtsordnung als „nicht weiter ableitbar": sondern das Recht selbst entscheidet über die Souveränität einer Rechtsordnung, das heißt, spannt sie als Rechtsfolge in einen verfahrensfunktionalen Zusammenhang mit einer anderen Rechtsordnung als Rechtsvoraussetzung ein oder nicht. Es ist blankes Naturrecht, wenn behauptet wird, daß ich, der Betrachter, die objektive Gesetzlichkeit des Rechts-

verfahrens mit meinen „Voraussetzungen“, den reinen Willen des Rechtes mit meinem empirischen Willen irgendwie beeinflussen könnte. Das Problem der Souveränität im Rechtssinne birgt übrigens — wie aus Kelsens Ausführung allerdings nicht klar ersichtlich wird — zwei Probleme in sich, die wir bereits als Probleme der Souveränität der Rechtsordnung und einer Rechtsordnung geschieden haben. Die beiden Probleme lassen sich auch als das Problem der „Souveränität des Rechtes“ und der „Souveränität im Rechte“ auseinanderhalten, welche beiden Probleme nicht nur miteinander, sondern auch mit den Problemen des Staates im transzendentalrechtlichen und im empirischrechtlichen Sinne in engstem Zusammenhange stehen. „Souveränität des Rechtes“ bedeutet die Souveränität im transzendentalrechtlichen Sinne, also die Eigengesetzlichkeit des Rechtes, das Rechtsverfahren, dessen Erhaltung als „Staat“ im transzendentalrechtlichen Sinne anzusprechen ist. „Souveränität im Rechte“ hingegen bedeutet die Relation der jeweiligen empirischen Verfahrensgrundreihe, welche als „Staat“ im empirischrechtlichen Sinne angesprochen wurde, zu den übrigen empirischen Verfahrensreihen. Der Zusammenhang von „Souveränität“ und „Staat“, der bisher immer als ein historisch-politischer untersucht wurde, stellt sich der Theorie der Rechtserfahrung als ein rechtlicher dar.

„Damit ist das in der herrschenden Theorie nach mehr als einer Richtung verschobene Problem zurechtgerückt. Ausdrücklicher Hervorhebung bedarf — weil hier sofort ein Einwand gemacht werden dürfte — nur noch der folgende Umstand. Durch die Wendung: Souverän ist der Staat oder die Ordnung, die ich — der Betrachter — aus irgendwelchen Gründen als höchste, nicht weiter ableitbare voraussetze, wird gerade diejenige Frage aus der juristischen Betrachtung ausgeschaltet, deren Lösung in der heute üblichen Vorstellung des Souveränitätsproblems im Vordergrund zu stehen scheint. Die Frage nämlich: Wann ist ein Gemeinwesen souverän, oder in den hierfür richtig erkannten Sinn umgedeutet: Wann setze ich, der Betrachter, eine Ordnung als souverän voraus, welches sind die Gründe, die mich zu der fraglichen Annahme, zur Wahl der entscheidenden Voraussetzung zwingend veranlassen? — — — Die Differenzen, die sich hier innerhalb der Theorie ergeben — —, beruhen auf einem Gegensatz in der Voraussetzung.

indem die einen bei den Gliedstaaten Souveränität voraussetzen, die anderen dagegen nicht. Nur scheinbar, wenn auch im besten Glauben, werden — natürlich unnütze — Beweise dafür geführt, daß die Gliedstaaten souverän oder nicht souverän sind." (S 14.)

Nun ist es ja allerdings richtig, daß die herrschende Theorie der Souveränität die Souveränität eines Staates als ein Sein zu erweisen sucht, während es sich für sie in Wahrheit als ein Sollen darstellt. Aber nicht das Streben der Staatsrechtslehre, die Souveränität in einer Seinssphäre zu fundieren, kann ihr zum Vorwurfe gemacht werden, sondern daß sie den Rechtsbegriff der Souveränität nicht auf das Sein des Rechtes, sondern auf ein behauptetes historisch-politisches Sein stützt, welches sich allerdings bei näherer Betrachtung lediglich als Hypostase eines ethisch-politischen Sollens darstellt. Kelsen tut nun nichts anderes, als daß er klar und offen das Problem der Souveränität aus einem Seins- zu einem Sollensprobleme macht, zum Problem eines logischen Sollen, eines Voraussetzungspostulates, das freilich ethisch-politische Postulate in sich birgt. So reinigt und schärft zwar Kelsen hier wie auch sonst die Methode der Rechtsdogmatik, behält aber diese Methodik grundsätzlich bei. Für die Theorie der Rechtserfahrung aber, als reine Rechtslehre, ist nun zwar die Souveränität ausschließlich ein Problem des Seins, des Seins des Rechtes: aber das Problem, wann ein Gemeinwesen, ein Staat souverän sei, besteht für sie überhaupt nicht. Gerade bei Erörterung der Probleme der Souveränität (und des Völkerrechtes) rächt es sich, daß Kelsen den Staat im Rechtssinne im Denken verwurzelt, also doch an dem in diesem Sinne metarechtlichen Staat festgehalten hat. Denn bei wirklicher Vereinheitlichung von Staat und Recht wäre Kelsen niemals auf den Gedanken gekommen, nach der Souveränität eines Gemeinwesens, einer Rechtsordnung zu fragen, weil überhaupt nur dann von einer Rechtsordnung innerhalb der Rechtsordnung gesprochen werden kann, wenn man „Gemeinwesen" als metarechtliche Individuationsprinzipien dem Recht aufzwängt.

„Es kommt durchaus auf die jeweilige Gestaltung des Urrechtssatzes, der juristischen Ursprungshypothese oder Verfassung im rechtslogischen Sinne an, was als ‚Quelle' des Rechtes zu gelten hat. Aus dem Begriffe des Rechtes geht keine Bestimmung dieser

Quelle hervor. Diese Ursprungsnorm, die ich als Verfassung im rechtslogischen Sinne bezeichne, ist eben die denknotwendige Hypothese jedes positiven Rechtssystems, jeder konkreten Rechts- oder Staatsordnung. Wo ist der ‚Wille', auf den diese Norm zurückzuführen wäre? Denn wer ‚will' diese Norm, die nur ein notwendiger Denkbehelf ist?" (S. 29, 33.) Nicht ohne Grund spricht Kelsen die „juristische Ursprungshypothese" als Verfassung im rechtslogischen Sinne an: denn seine „Ursprungsnorm" gehört eben der Sphäre der Urteile über das Recht, nicht der Sphäre der Urteile des Rechtes an, sodaß also Kelsen das Recht aus metarechtlichem Ursprung abgeleitet sein läßt. Kelsen kann oder will eben nicht einsehen, daß es gleichgültig bleibt, ob man die Metajurisprudenz der Ethik oder die der Logik dem Rechte vorsetzt, ob man das Recht aus der metarechtlichen Substanz des Staates oder aus der metarechtlichen Substanz einer rechtslogischen Verfassung ableitet. Nirgends tritt Kelsens durchgängige Tendenz, das ethisch-politische Naturrecht in ein logisches Naturrecht zu übersetzen, so deutlich hervor, wie in seinen vorliegenden Gedankengängen. Seine „Verfassung im rechtslogischen Sinne" ist nur ein neuer Ausdruck für den metarechtlichen Staat. Denn nur deshalb, weil Kelsen an dem Dogma von der metarechtlichen „Vielstaatlichkeit" im Rechte festhält, sieht er sich vor das Problem des „Ursprunges einer konkreten Rechts- oder Staatsordnung" gestellt. Für die Theorie der Rechtserfahrung aber, welche nicht von „Staatsrechtsordnungen", sondern vom All der Rechtserfahrung ausgeht, ist das Problem des Ursprunges im transzendentalen und empirisch-rechtlichen Sinne ausschließlich durch Analyse der Rechtserfahrung zu lösen: „Ursprung" im transzendentalrechtlichen Sinne bedeutet ihr nicht die Frage nach dem „Ursprunge des Rechtes" — welche Frage sie, da sie es immer nur mit dem Ursprunge im Rechte zu tun hat, in die kosmologischen Antinomien verwickeln müßte[1]) — sondern die Eigengesetzlichkeit des Rechtes, das Rechtsverfahren. „Ursprung" im empirischrechtlichen Sinne aber ist lediglich die Frage nach bestimmten Rechts-

[1]) Vgl. meine oben zitierte Abhandlung „Alte und Neue Staatsrechtslehre".

voraussetzungen innerhalb der Rechtserfahrung, über welche Frage ausschließlich das Recht in der verfahrensmäßigen Zurechnungsverknüpfung von Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge, die letztlich auf einer innerhalb des Rechtes liegenden Verfahrensgrundreihe gründet, nicht aber Voraussetzungen der Rechtswissenschaft zu entscheiden haben. Die „Hypothese" ist überhaupt keine Methode der Rechtswissenschaft: Die „Hypothese" ist eine Methode konstitutiv-synthetischer Bestimmung, bedeutet einen Ansatz, der sich in Beziehung auf „Empfindung" realisiert. Wo ist jene Empfindung, welche die „Hypothese" der Rechtswissenschaft „bewährt"? Nur eine mißverständliche Auffassung von Begriffen des kritischen Idealismus konnte Kelsen zur Verwendung der „Hypothese" in der Rechtswissenschaft verleiten. Denn die Rechtswissenschaft, welche nicht die rechtliche Bestimmung von „Empfindungen" (rechtserheblichen Tatsachen) vollzieht, sondern bloß über voraus im Rechtsverfahren vollzogene rechtliche Bestimmungen von Empfindungen reflektiert, kann niemals selbst „Hypothesen" über das Recht — einen Urteilszusammenhang! — setzen, sondern hat nur über die in Rechtsverfahren gesetzten Hypothesen zu reflektieren. Nicht auf die Hypothesen der Rechtswissenschaft, sondern auf die Hypothesen des Rechtes, nicht auf denknotwendige, sondern auf rechtsnotwendige Voraussetzungen kommt es an [1] [2].

---

[1]) Kelsen spricht auch häufig unter Berufung auf Vaihingers „Philosophie des Als Ob" von den „Fiktionen" der Rechtswissenschaft. Aber im Sinne Vaihingers, mit dessen Voraussetzungen und Ergebnissen wir uns übrigens durchaus nicht identifizieren, ist „Fiktion" eine Methode der Empfindungsbestimmung, also eine Methode konstitutiv-synthetischer Urteilszusammenhänge. In der Reflexion der Rechtswissenschaft, die keine Empfindungen bestimmt, sondern Urteile analysiert, gibt es also keine „Fiktionen". Die Theorie der Rechtserfahrung kann es nicht mit den Fiktionen der Rechtswissenschaft, sondern nur mit den Fiktionen des Rechtes zu tun haben, mit jenen Fiktionen also, mittelst welcher die Rechtsverfahren an die rechtserheblichen Tatsachen heranzukommen suchen.

[2]) Da die Rechtswissenschaft eine philosophische, reflektive Disziplin ist, gelten bezüglich ihrer etwaigen Hypothesen genau jene Sätze Kants, in welchen er „die Disziplin der reinen Vernunft in Ansehung der Hypothesen" bespricht. („Kritik der reinen Vernunft", Ausgabe Cassirer, S, 519 ff.) „Da wir uns nun von der Möglichkeit der dynamischen Verknüpfung a priori nicht den mindesten Begriff machen können und die Kategorie des reinen Verstandes nicht dazu dient, dergleichen zu erdenken, sondern nur, wo sie in der Erfahrung angetroffen wird, zu verstehen, so können wir nicht einen einzigen Gegenstand nach einer neuen und empirisch

„Souveränität besteht in einem einzigen und unteilbaren Merkmal und bedeutet nichts anderes, als daß die dadurch gekennzeichnete Staats- oder Rechtsordnung eine höchste und daher von jeder anderen unabhängige Ordnung ist. . . . Denn Souveränität ist ihrem Wesen nach ein Superlativ, und zwar ein Absolutum. Vom Staat kann aber — unter Voraussetzung koordinierter Wesenheiten — nur gesagt werden, daß er höher ist als gewisse, nicht aber höher als andere in demselben System stehende Elemente." (S. 39.) Kelsen untersucht hier die Frage der „Souveränität im Rechte", schränkt sie aber auf Erörterung der „Souveränität des Staates" ein, weil er an dem Dogma der metarechtlichen „Staatlichkeit" und „Vielstaatlichkeit" festhält. Aber „höher" und „nieder" im Rechte bedeutet kein logisches Verhältnis, über das logische Erörterungen entscheiden könnten, sondern das rechtsreale Verhältnis von „Rechtsvoraussetzung" und „Rechtsfolge", das reale Verhältnis zweier objektiver Tatbestände, über welches ausschließlich durch die Zurechnungsverknüpfung im Rechtsverfahren entschieden wird.

---

nicht anzugebenden Beschaffenheit diesen Kategorien gemäß ursprünglich aussinnen und sie einer erlaubten Hypothese zum Grunde legen. Denn dieses hieße der Vernunft leere Hirngespinnste statt der Begriffe von Sachen unterlegen . . . Zur Erklärung gegebener Erscheinungen können keine anderen Dinge und Erklärungsgründe als die, so nach schon bekannten Gesetzen der Erscheinungen mit den gegebenen in Verknüpfung gesetzt werden, angeführt werden. Eine transzendentale Hypothese, bei der eine bloße Idee der Vernunft zur Erklärung der Naturdinge gebraucht würde, würde daher gar keine Erklärung sein, indem das, was man aus bekannten empirischen Prinzipien nicht hinreichend versteht, durch etwas erklärt werden würde, davon man gar nichts versteht . . . Transzendentale Hypothesen des spekulativen Gebrauchs der Vernunft und eine Freiheit, zu Ersetzung des Mangels an physischen Erklärungsgründen sich allenfalls hyperphysischer zu bedienen, kann gar nicht gestattet werden, teils weil die Vernunft dadurch gar nicht weiter gebracht wird, sondern vielmehr den ganzen Fortgang ihres Gebrauchs abschneidet, teils weil diese Lizenz sie zuletzt um alle Früchte der Bearbeitung ihres eigentümlichen Bodens, nämlich der Erfahrung bringen müßte. Denn wenn uns die Naturerklärung hie oder da schwer wird, so haben wir beständig einen transzendenten Erklärungsgrund bei der Hand, der uns jener Untersuchung überhebt, und unsere Nachforschung schließt nicht durch Einsicht, sondern durch gänzliche Unbegreiflichkeit eines Prinzips, welches so schon zum voraus ausgedacht war, daß es den Begriff des absolut Ersten enthalten mußte." Wohl aber haben nach Kant diese Hypothesen „in Ansehung des praktischen Gebrauches der Vernunft ein Recht", d. h. sie sind — wie eben auch die Hypothesen der Rechtswissenschaft — ethisch-politische Postulate.

„Die Herrschergewalt ‚zu eigenem Recht‘ wird auch als ‚nicht weiter ableitbare‘, als ‚ursprüngliche‘ bezeichnet. Was bedeutet aber dieses ‚Ableiten‘? Die ‚Ursprünglichkeit‘, die hier für die Staatsgewalt in Anspruch genommen wird, kann nicht den Sinn haben, daß der Staat eine prima causa sei, das ‚Ableiten‘ einer Gewalt aus einer anderen kann nicht die natürliche Bedeutung eines kausalen Erzeugens haben. Nicht auf die Ursache und Wirkung aufdeckende Erklärung, sondern auf eine Rechtfertigung, auf die Beziehung zu einer Norm verweist die ‚Ableitung‘, von der die Rede ist. Eine abgeleitete und daher nicht ursprüngliche ‚Gewalt‘ ist eine solche, die durch eine höhere eingeräumt, übertragen wird, ist im Grunde eine Befugnis oder ein Recht, ist eine Pflicht oder eine Kompetenz, ist eine Ordnung, die auf einer höheren Ordnung ruht.... Nicht ableitbar, also ursprünglich ist in diesem rein normativen Sinne, der in dem Begriffe der Ableitung steckt, was nicht auf eine höhere Ordnung zurückgeführt werden kann, dessen Geltung nicht selbst wieder auf der Geltung einer höheren Norm beruht, über dessen Geltung keine höhere vorausgesetzt wird.... Ursprünglich ist der Wert, den ich als höchsten voraussetze, nicht weiter ableitbar die Gewalt (die, sofern ich sie mit Ableitbarkeit in Beziehung bringe, Ordnung ist), die ich als souverän erkenne“. (S. 58.) „Ableitung“ ist jene Operation, welche nach Kelsen die Rechtsstufen verbindet, von ihm als logische Methode der Eigengesetzlichkeit des Rechtes unterschoben wird. Aber was Kelsen „Ableiten“, „Rechtfertigen“, „Zurückführen“ nennt, kann lediglich die von uns formulierte einzige Aufgabe der Rechtswissenschaft, die progressiven Synthesen des Rechtes regressiv zu analysieren, bedeuten. Kelsen übersieht, daß die „Ableitung“ die „Erzeugung“ voraussetzt, daß die „Ableitung“, die von der Rechtsfolge zur Rechtsvoraussetzung zurückführende Rechtfertigung in der sekundären Sphäre der Urteile der Rechtswissenschaft erst einsetzen kann, wenn die von der Rechtsvoraussetzung zur Rechtsfolge vorschreitende Erzeugung in der primären Sphäre der Urteile des Rechtes bereits vollendet ist. Also kommt es primär durchaus auf die „Erzeugung“ an: zwar nicht auf die „Ursache und Wirkung aufdeckende Erklärung“, welche die Erzeugungsmethode der Naturwissenschaft, sondern auf die Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge verbindende

verfahrensmäßige Zurechnung, welche die Erzeugungsmethodik des Rechtes ist. Und weil eben „Zurechnung“ primär nicht eine Operation der Rechtswissenschaft, sondern eine Operation des Rechtes bedeutet, hängt es nicht von „meiner“ — des Juristen — Voraussetzung ab, welche Zurechnungsreihe die letzte, „höchste“ Rechtsvoraussetzung ist, sondern ausschließlich von der Rechtserfahrung, deren jeweilige verfahrensmäßige Gestaltung eine letzte Zurechnungsreihe darbietet.

„In der Behauptung der Souveränität des Staates (oder der Rechtsgemeinschaft der Staaten) wird der Anspruch erhoben (oder die Voraussetzung liquidiert): daß die als Staat bezeichnete (oder mit der die einzelstaatlichen Rechtsordnungen zur höchsten Einheit des Rechtssystems zusammenfassenden Völkerrechtsordnung identische) Rechtsordnung eine von der Moral oder Religion oder sonst einer anderen Ordnung verschiedene, abgesonderte und unabhängige Existenz habe, daß die Rechtswissenschaft — als Erkenntnis der einzelstaatlichen Rechtsordnung (oder des universalen, alle einzelstaatlichen Rechtsordnungen umfassenden Weltrechtssystems) — eine selbständige, von der Theologie, Politik oder Ethik verschiedene Disziplin, daß sie überhaupt eine Ordnungslehre sei, die mit ihrer spezifischen Ordnung nicht anders als mit einer höchsten, nicht weiter ableitbaren, letzten Geltung operieren kann. Damit erscheint aber die Souveränität des Staates (oder der Staatengemeinschaft) identisch mit der Positivität des Rechtes. Auch dieser letztere Begriff schwankt in der herrschenden Lehre um seinen Wesenskern unsicher hin und her, und auch ihm gegenüber gilt es, die Theorie zum Bewußtsein dessen zu bringen, was mit ihm im Rahmen der Rechtswissenschaft, innerhalb ihrer methodischen Grenzen überhaupt gesagt werden kann: ist kritische Selbstbestimmung nötig. Der Begriff des ‚positiven‘ Rechtes hat sich im Gegensatz zu demjenigen des ‚Natur‘-Rechtes entwickelt. Mit der Behauptung der ‚Positivität‘ des Rechtes lehnte man die naturrechtliche Anschauung ab, die das Recht aus der ‚Vernunft‘, der ‚Natur der Sache‘, der Moral oder sonst einer nicht spezifisch rechtlichen Ordnung abzuleiten versuchte, die somit die Geltung der Rechtsordnung auf die Geltung einer über dem Rechte gedachten Norm eines anderen Normsystems zurückzuführen müssen glaubte. Das Wesentliche der von der positivistischen Rechts-

erkenntnis abgelehnten naturrechtlichen Auffassung und zugleich der Grund dieser Ablehnung ist darin zu erblicken, daß die Naturrechtstheorie die Geltung einer als Recht behaupteten Norm nur durch deren Einklang mit der Vernunft, Natur, Moral oder sonst einem ‚höheren' Prinzipe legitimiert, während der Positivismus auch die vernunft-, natur- oder normwidrige Rechtsnorm für gültig erkennt, indem er es ablehnt, die Gültigkeit des Rechtes weiter zu rechtfertigen oder, mit anderen Worten, aus einer höheren Ordnung abzuleiten, der gegenüber sich das Recht als eine irgendwie qualifizierte Teilordnung darstellt. Daß somit nur die positivistische Rechtserkenntnis die Voraussetzung für die Existenz einer selbständigen Rechtsordnung und Rechtswissenschaft setzt, während die naturrechtliche Anschauung das Recht schließlich und endlich in Vernunft, Moral, Natur, die Rechtswissenschaft in Ethik, Politik oder gar Naturwissenschaft aufgehen läßt, ist nur die Konsequenz der Tatsache, daß eine Ordnung, die als einer höheren unterstellt, aus dieser abgeleitet gedacht wird, letzten Endes nur als deren unselbständiger Bestandteil erkannt werden muß, dessen gesonderte Existenz nur provisorischen, nicht endgültigen Charakter haben kann. Die Identität dieses Sinnes der Positivität des Rechtes mit der richtig verstandenen Bedeutung der Souveränität des Staates (bei Identität von Staats- und Rechtsordnung), ist augenfällig; die als Staat bezeichnete Rechtsordnung wird als höchste, in ihrer Geltung nicht weiter ableitbare gedacht." (S. 86.) Diese Gedankengänge Kelsens wurden hier zur Gänze angeführt, weil sie zeigen, daß Kelsen zwar intuitiv die enge Beziehung von Souveränität und Posivität des Rechtes erfaßt, aber die wissenschaftliche Erfüllung dieser Intuition verfehlt hat. Die Anerkennung der Kelsenschen Gedanken über die „Positivität" des Rechtes kann nur mit der Feststellung verbunden sein, daß Kelsens Rechtslehre auf naturrechtlichen Voraussetzungen basiert. Denn in der Behauptung, daß das Recht aus einer Ursprungshypothese, aus einer logischen Voraussetzung, einem Denkbehelf abzuleiten sei, wird der Anspruch erhoben: daß die Rechtsordnung keine von einer anderen Ordnung verschiedene, abgesonderte und unabhängige Existenz habe, zwar nicht von „Moral oder Religion", aber von der Logik abhängig sei, daß die Rechtswissenschaft keine selbständige Disziplin, vielmehr zwar nicht von Theologie, Politik oder Ethik, aber von

der Logik abhängig sei, wird versucht, das Recht aus der „Vernunft" der Logik, also einer nicht spezifisch rechtlichen Ordnung abzuleiten, wird geglaubt, die Geltung der Rechtsordnung auf die Geltung einer über dem Rechte gedachten Norm eines anderen Normensystems zurückführen zu müssen, wird die Gültigkeit des Rechtes „weiter" — in der „Logik" — rechtfertigt oder, mit anderen Worten, aus einer höheren Ordnung — der Logik — abgeleitet, wird das Recht als unselbständiger Bestandteil der Logik erkannt, dessen gesonderte Existenz nur provisorischen, nicht endgültigen Charakter haben kann. Es ist die völlige Verkennung des Verhältnisses von Rechtswissenschaft und Recht, welche Kelsen zu seiner Theorie der „Ursprungshypothese", der neuesten — und hoffentlich letzten — Fassung des naturrechtlichen Gedankens von der „Wissenschaft als Rechtsquelle" getrieben hat. Kelsen übersieht ferner immer wieder, daß nicht nur „Vernunft, Moral, Natur", sondern auch „Logik" Metajurisprudenz ist, daß übrigens die Metajurisprudenz der „Logik" immer nur eine Metajurisprudenz der „Vernunft, Moral, Natur" verbirgt. Nicht die „positivistische Rechtserkenntnis" kann die Voraussetzung für die Existenz einer selbständigen Rechtsordnung setzen, sondern nur das Recht selbst setzt diese Voraussetzung mit der Entfaltung seiner souveränen Methodik, des Rechtsverfahrens: weil die Frage nach der Voraussetzung der Existenz des Rechtes lediglich als transzendentale Frage nach der Erzeugungsmethode, nicht als empirische Frage nach der Rechtsvoraussetzung des Rechtes (als Rechtsfolge) sinnvoll ist.

Kelsen gibt schließlich — und das bedeutet einen Verzicht auf das Postulat der reinen Rechtslehre — zu, daß er eine naturrechtliche Grundlegung der Rechtswissenschaft versucht habe: „Wenn man diejenigen Rechtssätze, die in der neueren Völkerrechtstheorie etwa als ‚gemeines' Völkerrecht (zum Unterschied vom partikulären) bezeichnet werden und ungefähr mit demjenigen übereinstimmen, was Wolff nicht sehr glücklich das ius gentium voluntarium nennt, auf ihre Herkunft hin untersucht, d. h. nach dem Grunde ihrer Geltung fragt, dann muß man — da sie auf vertrags- oder gewohnheitsmäßige Satzung nicht zurückgeführt werden können — — — eine Idee, eine Grundnorm auffinden, aus deren vorausgesetzter, hypothetischer Geltung sich diese Normen

des gemeinen Völkerrechtes ergeben. Die der Theorie des Völkerrechtes gestellte Aufgabe, diesen Ursprung des Völkerrechtes klar zu formulieren, soll hier nicht im einzelnen gelöst werden. — — Der ‚naturrechtliche‘ Charakter einer solchen Grundlegung des Völkerrechtes kann und soll nicht geleugnet werden. Indes: Soferne diese ‚naturrechtliche‘ Grundlage sich lediglich darauf beschränkt, als juristische Hypothese eine durch positive Satzung fortzubildende, inhaltlich zu erfüllende Rechtsordnung zwischen koordinierten Subjekten zu ermöglichen, kann auch die einzelstaatliche Rechtsordnung — als souverän vorausgesetzt — solch einer naturrechtlichen Grundlegung nicht entbehren. Und in diesem Sinne ist zwischen Naturrecht und positivem Recht gar kein Gegensatz vorhanden. Darum ist es keineswegs ein Widerspruch, wenn Wolff auf einer Rechtsgemeinschaft, quam instituit ipsa natura, das positive Völkerrecht begründet und das von ihm als ius gentium voluntarium bezeichnete gemeine Völkerrecht zum positiven Völkerrecht rechnet. Schon das verkennt Kaltenborn, weil er — wie ja auch die ganze neuere Rechtswissenschaft — ein voraussetzungsloses positives Recht für möglich hält, weil er die logische Notwendigkeit übersieht, jedes positive Recht auf einer juristischen Hypothese zu begründen." (S. 251.) Kelsen irrt aber, wenn er meint, daß die neuere Rechtswissenschaft ein voraussetzungsloses positives Recht für möglich hält: Denn jene Voraussetzung, in welche man immer die Möglichkeit des positiven Rechtes gründete, war die absolute Substanz des metarechtlichen Staates, eben jene von Natur eingesetzte Rechtsgemeinschaft, auf welche Wolff sich beruft. Und auch vom Staate wurde und wird immer ausgesagt, daß er nur als vorrechtliche Voraussetzung der durch positive Satzung fortzubildenden Rechtsordnung gesetzt werde. Kelsens „juristische Ursprungshypothese" ist und bleibt eben der Ausdruck für den logisch verdünnten metarechtlichen Staat, für einen metarechtlichen Ursprung des Rechtes. Vergeblich bittet Kelsen um die Erlaubnis, gewissermaßen nur ein einziges Mal, am Ursprunge, das Naturrecht einzusetzen, wogegen dann im Fortgange alles ganz „positiv" zugehen werde: Der metarechtliche Ursprung färbt das ganze Recht, die „Logik" des Ursprunges durchsetzt das ganze Recht mit der Metajurisprudenz der Logik, verbindet nach Kelsen nicht nur die metarechtliche „Ursprungshypothese" mit dem positiven Rechte,

sondern auch als „logische Ableitung" die einzelnen Stufen des Rechtes miteinander. „Was das Völkerrecht — wie jedes primitive Recht — kennzeichnet, ist der Umstand, daß zwischen die notwendigerweise hypothetisch voraus gesetzte Ursprungsnorm — und in deren Voraussetzung liegt die einzige reine, mit keinem Akt der Rechtsanwendung verbundene Satzung — und das auch rechtserzeugende Rechtsgeschäft des Vertrages oder der Vereinbarung kein speziell der generellen Rechtserzeugung dienendes Zwischenstadium, kein durch ein besonderes Organ zu besorgender Gesetzgebungsprozeß, so wie er in der einzelstaatlichen Rechtsordnung üblich, eingeschaltet ist." (S. 262.) Aber nur dann können „reine" und „positive" Satzung in eine kontinuierliche Reihe eingestellt werden, wenn man eben, wie Kelsen, vermeint, daß nicht die verfahrensmäßige Erzeugung, sondern die logische Ableitung von Rechtserscheinung zu Rechtserscheinung führe, so daß dann freilich „reine" und „positive" Satzung als logische Satzungen, als Denkakte erscheinen. Wird man sich aber dessen bewußt, daß „positive" Satzung immer eine verfahrensmäßige Rechtssatz-, nicht eine logische Funktion ist, dann lassen sich die reine, von der Rechtswissenschaft vorgenommene Satzung der „Ursprungsnorm" und die „positiven" vom Rechte vollzogenen Satzungen nicht mehr vergleichen, dann muß an Kelsen die Frage gerichtet werden, in welcher Sphäre der Schritt, besser der Sprung vom Metarechte der reinen Satzung zum Rechte der positiven Satzungen vor sich geht. Der von Kelsen verlangte Übergang von „reiner" zu „positiver" Satzung ist ebenso unmöglich, wie der Übergang vom metarechtlichen Staate zum Rechte. Und wie in der Lehre von der Selbstverpflichtung des lediglich von der Rechtsdogmatik gesetzten metarechtlichen Staates zum Rechte eigentlich eine Selbstverpflichtung der Rechtswissenschaft zum Rechte liegt, so liegt auch in Kelsens Lehre vom Verhältnisse der „reinen" von der Rechtswissenschaft vollzogenen „Satzung" zu den „positiven" Satzungen, die Selbstverpflichtung der eine Denknotwendigkeit anerkennenden Rechtswissenschaft zum Rechte beschlossen: Die „Ursprungsnorm" ist eben nur ein Ausdruck für den logisch verdünnten metarechtlichen Staat. Für die Theorie der Rechtserfahrung hingegen bedeutet die „reine, mit keinem Akt der Rechtsanwendung verbundene Satzung" lediglich, daß die regressive Analyse der progressiven Synthesen des Rechtes

zwar grundsätzlich unendlich ist, aber da sie an der jeweiligen endlichen Rechtserfahrung vollzogen wird, immer zu einer Verfahrensgrundreihe gelangt, über die hinaus kein urkundliches Rechtsmaterial führt. Aber diese Verfahrensgrundreihe ist nicht eine Hypothese, eine Voraussetzung der Rechtswissenschaft, sondern liegt innerhalb des Rechtes, ist, weil sie zwar nicht a parte priori, von weiteren Rechtsvoraussetzungen her, wohl aber a parte posteriori, in Richtung von Rechtsfolgen, mit anderen Verfahrensreihen verfahrensmäßig verbunden ist, eine Schöpfung des Rechtes.

Kelsen hat das Problem des „Ursprunges" (der „Souveränität") des Rechtes in keiner seiner Verzweigungen zu lösen vermocht, weil er durchwegs am Dogma von der „Wissenschaft als Rechtsquelle" festhält. Das Problem des „Ursprunges" des Rechtes hat Kelsen aus einer Frage nach der Eigengesetzlichkeit der rechtlichen Erzeugungsmethodik in die Frage nach einer rechtswissenschaftlichen Hypothese umgedeutet: Souveränität ist ihm nicht das Symbol der Reinheit des Rechtes, sondern das „Symbol der Reinheit der Rechtserkenntnis" (S. 189). Ferner hat Kelsen eine analoge Umdeutung mit dem Probleme des Ursprunges im Rechte vorgenommen: Wo die Theorie der Rechtserfahrung durch Analyse der Rechtserfahrung zu einer innerhalb der Rechtserfahrung liegenden Verfahrensgrundreihe gelangt, setzt Kelsen eine außerhalb der Rechtserfahrung liegende „Ursprungshypothese". In analoger Weise schließlich behandelt Kelsen ein drittes Ursprungsproblem, welches nicht die Frage nach der Verfahrensgrundreihe der Rechtserfahrung, sondern die Frage nach die Rechtserfahrung einteilenden Verfahrensreihen, nach dem Individuationsprinzipien innerhalb des Rechtes bedeutet. Nachdem Kelsen es abgelehnt hat, die „Faktizität", die „Wirkung" des Rechtes als dessen „Geltung", als dessen „Positivität" anzuerkennen, führt er aus: „So bleibt nur noch das erste Moment zur Erörterung: die Tatsache, daß die Rechtswissenschaft trotz der grundsätzlichen Verschiedenheit von Wirkung und Geltung nur eine in der Regel wirksame Ordnung als gültig behandelt. Es fragt sich nun, ob solches Verhalten der Juristen, Theoretiker und Praktiker, willkürlich oder aber bestimmt ist, und wenn das letztere, welcher Art diese Bestimmung sein muß. Mit anderen Worten: Gibt es einen Grundsatz, der das charakterisierte Verhalten der Rechts-

wissenschaft und Rechtspraxis postuliert und der somit eine Rechtfertigung dafür ist, daß man als positives Recht nur eine in der Regel wirksame Ordnung voraussetzt. . . . In juristischer Hinsicht muß die Wahl irgendeines Ausgangspunktes — die Wahl der grundlegenden Rechtsvoraussetzung, von der aus deduziert, sich die ganze positive Rechtsordnung als geltendes Normensystem darstellt —, insbesondere aber auch die Wahl eines solchen Ausgangspunktes, der eine in der Regel auch wirksame Ordnung als geltend ergibt, zunächst als willkürlich erkannt werden. Allein darum muß diese Wahl nicht überhaupt in jeder Richtung willkürlich sein. Ihre theoretische Bestimmung läßt sich vielleicht erweisen. Nur daß eben die Norm, die die Wahl der Rechtsvoraussetzung bestimmt, nicht selbst Rechtsnorm, sondern eine Norm ganz anderer Art ist. Gewiß! Daß als positiv geltendes Recht eine in der Regel wirksame Ordnung vorausgesetzt wird, ist nicht bloß Tatsache, ist auch Postulat, ist in irgendeinem Sinne gesollt, geboten. Es hat aber dieses Postulat mit dem Begriffe des Rechtes nichts zu tun." (S. 96 ff.) Kelsen findet den gesuchten Grundsatz in einem wertökonomischen Prinzip, einer Forderung, „die uns in der Wahl der Voraussetzungen derart determiniert, daß mit der aus der gewählten Veraussetzung deduzierten Ordnung als Bewertungsmaßstab möglichst viel Tatbestände als normentsprechend, somit als (relativ) wertvoll erkannt werden, oder mit anderen Worten, daß der Inhalt der als gültig vorausgesetzten Ordnung sich mit dem Inhalt des nach dieser Ordnung zu beurteilenden tatsächlichen Geschehens möglichst deckt, sei es, weil dieses Geschehen durch die Vorstellung dieser Ordnung motiviert ist, sei es, daß es dadurch als motiviert gedacht werden kann." (S. 99.) Mit diesen Ausführungen Kelsens stehen wir aber wieder auf dem Boden der Anerkennungstheorie, welche Kelsen aus einem ethischen in ein logisches Prinzip umdeuten möchte. Während nämlich die herrschende Rechtslehre jenes Recht als gültig voraussetzt, welches von seinen Adressaten, den Menschen, „befolgt", also „anerkannt" wird, setzt Kelsen jenes Recht als gültig voraus, welches von der Rechtswissenschaft deshalb anerkannt wird, weil es die menschlichen Adressaten bereits anerkannt haben, das heißt tatsächlich befolgen! An Stelle einer einfachen setzt also Kelsen eine doppelte Anerkennung, läßt zur ethischen noch eine logische Aner-

kennung hinzutreten, die freilich von der ethischen Anerkennung abhängt, wie ja Kelsen durchgängig die ethische Metajurisprudenz nicht beseitigt, sondern bloß in ein „logisches“ Gewand einhüllt. So ist es schließlich ein ethisch-politisches Postulat, auf dessen Anerkennung Kelsen die Gültigkeit einer Rechtsordnung aufbaut: wie steht es aber mit der Souveränität des Rechtes, wenn es seine Geltung aus einer metarechtlichen Substanz — heiße sie nun „Staat“ oder „Ausgangspunkt“ — ableitet? „Nur um mögliche Mißverständnisse zu meiden, sei schließlich noch hervorgehoben, daß in der Annahme einer erkenntnistheoretischen Determinierung der Wahl des Ausgangspunktes keinerlei Beeinträchtigung der Rechtssouveränität gelegen ist. Die Gültigkeit der Rechtsordnung kann ebensowenig aus dem Prinzip des Wertmaximums abgeleitet werden, wie die Richtigkeit der physikalischen Gesetze aus dem Prinzip der Denk- oder Erklärungsökonomie.“ (S. 100.) All das sind aber vergebliche Sophismen. Denn wenn die Theorie der physikalischen Erfahrung die Gültigkeit der physikalischen Gesetze nicht aus einem transzendentalen Grundsatze ableiten kann, muß sie sich eben nach einem immanenten Grundsatze der Gültigkeit umsehen; und wenn Kelsen die Gültigkeit des Rechtes nicht aus einem metarechtlichen Prinzip ableiten will, dann muß er sich eben nach einem rechtlichen Prinzip der Gültigkeit umsehen. Das tut aber Kelsen nicht, sondern er verweist nur immer wieder auf eine „Voraussetzung“, eine „Ursprungshypothese“, deren Wahl zwar nicht rechtlich, aber doch irgendwie determiniert ist, so daß sich eben für ihn die rechtliche Determinierung aus dem Ursprung einer metarechtlichen Determinierung ableitet. Jenes Problem aber, welches Kelsen untersucht, nämlich die Frage, welche Verfassung als gültiger Ausgangspunkt der Rechtswissenschaft zu wählen sei, besteht für eine Theorie der Rechtserfahrung überhaupt nicht. Es ist ein rechtspolitisches Problem, vor welches sich der Richter, Verwaltungsbeamte usw. gestellt sieht. Für die Theorie der Rechtserfahrung aber, welche es nur mit der regressiven Analyse der progressiven Synthesen des Rechtes zu tun hat, ist das Problem immer bereits gelöst, in Rechtsverfahren gelöst. Denn nur darauf kommt es an, welche „Verfassung“ das Recht gewählt, das heißt in Rechtsverfahren als Rechtsfolge aus Rechtsvoraussetzungen erzeugt hat. Nur deshalb,

weil Kelsen es für möglich hält, das All der Rechtserfahrung auf Grund des Primates der Staatsrechtsordnungen zu „konstruieren", weil er also am Dogma von der metarechtlichen Vielstaatlichkeit festhält, nicht einsieht, daß „Verfassung" nicht „Verfassung eines Staates", sondern Rechtssäze wie alle anderen bedeutet, untersucht er überhaupt das Problem der „Wahl des Ausgangspunktes". Und er selbst macht nachträglich seine Untersuchung dieses Problems überflüssig, wenn er ausführt: „Allerdings muß schon jetzt hervorgehoben werden," daß das die Ursprungsnorm, die Verfassung des Einzelstaates bestimmende Postulat einen wesentlich anderen Charakter annehmen und als Rechtsnorm auftreten kann, wenn die Vorstellung von der Souveränität der einzelstaatlichen Rechtsordnung fallen gelassen und über allen Einzelstaaten eine Völkerrechtsordnung angenommen wird, die nur eine in der Regel wirksame Zwangsordnung als Teilordnung delegiert." (S. 100.) Kelsens in ethisch-polischer Verkleidung auftretende Gedankenübergänge zielen hier auf die verfahrensmäßige — kraft „völkerrechtlicher" Verfahren sich vollziehende — Erzeugung von „Verfassungen", welche die Analyse der Rechtserfahrung ergibt. Wird von dem nicht durch „Staatsdinge" zerlegten All der Rechtserfahrung ausgegangen, dann verwandelt sich das Problem der „Wahl des Ausgangspunktes" in das Problem der Individualisierung innerhalb des Rechtes, der Besonderheit von Verfahrensreihen, das aber immer wieder nur durch Analyse der in den Verfahren auftretenden Tatbestände gelöst werden kann. „Frankreich", „Deutschland" und die anderen „Staaten" bedeuten für die Theorie der Rechtserfahrung relativ selbständige Zusammenhänge übereinandergelagerter Rechtsverfahren, die in einer relativ selbständigen Verfahrensgrundreihe — der „Verfassungsgesetzgebung" — fundiert sind. „Fragt man, worauf die Verschiedenheit zweier Ordnungen schließlich beruht, so erkennt man, daß es die Verschiedenheit der ‚Quellen' ist, aus denen sich in deduktiver Entfaltung verschiedene Normensysteme ergeben. . . . In der Einheit und Besonderheit dieses Ursprunges, dieser Grundnorm, liegt das principium individuationis, liegt die Besonderheit einer Ordnung als eines Systems von Normen." (S. 105.) Nur daß eben dieser „Ursprung", dieses „Individuationsprinzip" niemals eine „Hypothese", eine „Voraussetzung" der Rechtswissenschaft, sondern eine „Hypothese", eine „Voraussetzung" des Rechtes ist, welche es in Rechtsverfahren als

Ansatz einer relativen Verfahrensgrundreihe für weitere Tatbestandsbestimmungen macht.

War es der Irrtum, daß es der Theorie der Rechtserfahrung auf die „Voraussetzungen" der Rechtswissenschaft, nicht auf die „Voraussetzungen" des Rechtes ankomme, daß die Rechtswissenschaft, nicht das Recht die Rechtsprobleme löse, welcher Kelsen zu naturrechtlichen, also an die Rechtserfahrung gar nicht heranreichenden Lösungen des Souveränitätsproblems verleitet hat, so wurde Kelsen durch den gleichen Irrtum auch zu einer naturrechtlichen Einstellung gegenüber dem Problem des Völkerrechtes verleitet. Vom Standpunkte der Theorie der Rechtserfahrung besteht kein Anlaß, in eine eingehende kritische Untersuchung der Gedanken Kelsens über das Problem des Völkerrechtes einzutreten: denn das Problem des Völkerrechtes kann nur gelöst werden, wenn eingesehen wird, daß es ein Problem des Völkerrechtes nicht gibt. Kelsen sieht im Probleme des Völkerrechtes das Problem des „gegenseitigen Verhältnisses zweier Normensysteme": „Um das Wesen des damit gestellten Problems zu erkennen, muß man sich vor allem klar machen, daß es sich um eine Frage handelt, die letzten Endes nicht durch positivrechtliche Satzung beantwortet werden kann. Sicherlich ist es möglich, daß eine staatliche Rechtsordnung ihr Verhältnis zum Völkerrecht in einem Rechtssatze festlegt, indem sie das Völkerrecht oder bestimmte Teile desselben als einen Bestandteil ihres eigenen Systems erklärt, oder aber auf die Herstellung eines solchen Verhältnisses ausdrücklich verzichtet. Auch wäre eine Norm des positiven Völkerrechts denkbar, die autoritativ eine bestimmte Relation zu den staatlichen Rechtsordnungen setzt. Allein jede dieser positivrechtlichen Regelungen setzt schon eine bestimmte Hypothese über das Grundverhältnis der beiden Normensysteme voraus. Je nachdem ob man sich auf den einseitigen Standpunkt des staatlichen oder auf den des Völkerrechts stellt, verschiebt sich auch die Voraussetzung für die Lösung des Problems. Worauf es aber für die Rechtswissenschaft ankommt, ist das: die möglichen Hypothesen systematisch zu entwickeln und in allen ihren Konsequenzen zu durchdenken." (S. 103.) Wer diese Ausführungen liest, muß glauben, ein Lehrbuch des Naturrechtes vor sich zu haben: denn daß es Rechtsprobleme gibt, die letzten Endes nicht durch

positivrechtliche Satzung beantwortet werden können, ist jederzeit das Grunddogma alles Naturrechtes gewesen. Und daß eine „positivrechtliche Regelung" des Verhältnisses von Völkerrecht und Staatsrecht „schon eine bestimmte Hypothese über das Grundverhältnis der beiden Normsysteme voraussetzt" ist nur dann eine zulässige Behauptung, wenn unter „Hypothese" eine „Hypothese" des Rechtes, eine Rechtsvoraussetzung jener „Regelung" gemeint ist. Für Kelsen handelt es sich aber offenbar um eine „Hypothese", eine „Voraussetzung" der Rechtswissenschaft. Diese „Hypothese" ist aber nur insoferne „Voraussetzung" der positivrechtlichen Regelung, als etwa eine „Hypothese" über Nutzen und Nachteil der Bodenbelastung „Voraussetzung" der „positivrechtlichen Regelung" des Hypothekarrechtes, eine „Hypothese" über Nutzen und Schaden von Strafsystemen „Voraussetzung" der „positivrechtlichen Regelung" des Strafvollzuges ist. Diese „Hypothesen", diese „Voraussetzungen" sind ethisch-politische Postulate, welche nicht für die Rechtstheorie, sondern für die Rechtspolitik von Bedeutung sind. Der Kelsenschen Aufstellung muß also entgegengehalten werden, daß das Problem des Verhältnisses von Völkerrecht und staatlicher Rechtsordnung letzten Endes immer nur durch positivrechtliche Satzung beantwortet werden kann. Und da also das Verhältnis zweier „Rechtsordnungen" niemals ein logisches, sondern immer nur ein rechtliches (verfahrensmäßiges) Verhältnis sein kann, bedeuten alle Untersuchungen über das Verhältnis zweier „Rechtsordnungen" welche nicht ausschließlich auf Analyse der Rechtserfahrung gestützt sind, dogmatische Rechtsmetaphysik, Metajurisprudenz, Naturrecht [1]).

---

[1]) Das Verhältnis von Völkerrecht und Staatsrecht ist auch für Verdross ein Problem der rechtswissenschaftlichen „Konstruktion" oder „Hypothese". Die „systematische Verbindung von Völkerrecht und Landesrecht ist praktisch in der Weise möglich, daß entweder das Völkerrecht auf das Landesrecht oder dieses auf jenes zurückgeführt und dort grundgelegt wird." („Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Rechtsanspruch der Staaten." 1920, S. 41). Verdross hat ursprünglich („Zur Konstruktion des Völkerrechtes", Zeitschrift für Völkerrecht 1914) die erstere Möglichkeit gewählt und unter Einengung des Problems auf die Frage der Gültigkeit der völkerrechtlichen Verträge das Völkerrecht im Staatsrechte fundiert. Nunmehr gibt Verdross seinen ursprünglichen Standpunkt — welche die Dynamik des Rechtes, also die Möglichkeit der Änderung der Staatsverfassungen

Nur deshalb übrigens, weil Kelsen am Dogma von der metarechtlichen Vie'staatlichkeit festhält, von Staatsrecht, statt vom All

---

außeracht gelassen hat — auf und tritt für „das einheitliche Rechtssystem auf der Basis des Völkerrechtes" ein. (S. 110). Verdross irrt aber, wenn er meint, daß ich in meiner Abhandlung „Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung" „denselben Grundgedanken, wenn auch aus einer anderen Einstellung" verfechte. Denn ich habe zu zeigen versucht, daß in der Frage der sogenannten Staatsentstehung das Recht in gewissen Verfahren, nicht die Konstruktion der Rechtswissenschaft einen Zusammenhang zwischen dem sogenannten Völkerrechte und dem sogenannten Staatsrechte stiftet. In seiner wertvollen Abhandlung „Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechtes. Ein Beitrag zu den Hypothesen des Völkerrechtspositivismus" (Zeitschrift für internationales Recht, Band 29) wirft Verdross das Problem: „Grundlegung und System des Völkerrechts" auf und kommt zu dem Schlusse: „So muß auch die Rechtswissenschaft im allgemeinen, wie die des positiven Völkerrechts im besonderen, zwar mit der Sammlung des Rechtsmaterials anheben, zum System kann sie aber erst durch Zuhilfenahme von hypothetischen Grundlegungen gelangen. Nur vermittelst dieser vermag der Rechtspositivismus aus dem Chaos der Rechtserscheinungen zum Rechtssystem vorzudringen. Erst die Methode der Hypothesis gliedert und formt das Völkerrechtsmaterial zum Völkerrechtssystem." (S. 90.) Verdross übersieht aber, daß das „Material" der Rechtswissenschaft, nicht wie jenes der Naturwissenschaft „Empfindungen", sondern „Urteile" bedeutet. Der naturwissenschaftliche „Ansatz" der Hypothese „bewährt" sich an Empfindungen und so obwaltet auch das Verhältnis von Rechtshypothese und Rechtsempfindung nicht in der Sphäre der analytischen Urteile der Rechtswissenschaft, sondern in der Sphäre der synthetischen Urteile des Rechtes, im Rechtsverfahren. Es kann daher auch nicht das „Prinzip der Quasiunaminität" als „völkerrechtliche Grundnorm eingeführt" werden. Denn da, wie Verdross sagt, es sich dabei um „keine als Rechtsmaterial gegebene Norm", sondern um eine Hypothese (der Rechtswissenschaft) handelt, steht die Grundnorm als Denkakt den Rechtsakten beziehungslos gegenüber. Diese „Hypothese" verbürgt nur ein ethisch-politisches Deutungsprinzip, welches an das Recht herangebracht wird, bedeutet also das von Verdross verworfene „Naturrecht als Grundlage des Völkerrechts". Denn der Positivismus muß dem Rechtsmaterial „wertfrei, wertblind" (S. 80) gegenüberstehen, während die Prinzipien der „Einhelligkeit", der Quasieinhelligkeit", der „Mehrheit", der „Gleichheit" der Staaten ethisch-politische Wertungen in sich schließen. Einsichtige Naturrechtslehrer haben auch den „Grundsatz des Staatsvertrages" als „Hypothese" erklärt. (Vgl. Stölzel, Carl Gottlieb Svarez, 1885, S. 384.) Die Methodik der rechtswissenschaftlichen Hypothesis ist eben eine Methodik der Naturrechtslehre, nicht des Rechtspositivismus. Verdross verkennt in ähnlicher Weise, wie Kelsen, das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Recht. Er spricht zwar vom „restlosen und ausnahmslosen Hinnehmen erfahrungsmäßig gegebener Rechtsinhalte" (S. 68), davon, daß „die Rechtswissenschaft von Rechtsnormen auszugehen habe" (S. 74), spricht aber anderseits von der „Erfassung des Rechtssatzes in einer Konstruktion" — also von einer rechtswissenschaftlichen Synthesis —, sagt einerseits, daß „wir

der Rechtserfahrung ausgeht, muß er das „Problem des Völkerrechtes“ auf das „Problem des gegenseitigen Verhältnisses zweier Normensysteme einstellen.“ Denn, daß es überhaupt solche „Normensysteme“ innerhalb des Alls der Rechtserfahrung gibt, weiß man a priori nur dann, wenn man annimmt, daß es so etwas wie „viele Staaten“ gebe und jedem dieser Staaten ein Normensystem als sein Staatsrecht zuordnet. Da ferner Kelsen den „Staat“ nicht als synthetischen Grundsatz der Erhaltung des Rechtsverfahrens, welcher alles Recht durchwaltet, also als den einen Staat der einen Rechtserfahrung, alles Recht als auf diesen Grundsatz als den einen Staat bezogen, somit alles Recht als eine — im transzendentalrechtlichen Sinne — staatliche Ordnung bestimmt hat, gelangt er in seiner unverkennbaren Tendenz, den Ausgang von der metarechtlichen „Vielstaatlichkeit“ zu überwinden, zur „Hypothese“, zur „Idee“ des über den Einzelstaaten stehenden „Weltstaates“ (S. 249 ff). Der Begriff des „Weltstaates“, der „civitas maxima“ hat aber — wie Kelsen selbst in seiner Polemik gegen Kaltenborn feststellt — die Bedeutung eines ethisch-politischen Postulates und streift diesen Charakter auch in Kelsens Gedankengängen nicht ab: alle Hypothesen Kelsens sind eben nur logische Umdeutungen ethisch-politischer Postulate. Für die Theorie der Rechtserfahrung aber bedeutet der eine Staat des Rechtes nicht den Weltstaat, also ein auf die metarechtliche Weltallheit bezogenes ethisch-politisches Postulat, sondern den Rechtsstaat, will sagen, eine die Rechtsallheit durchwaltende, an allen Rechtstatbeständen dargestellte, in allen Rechtstatbeständen „fundierte“ Einheitsbeziehung.

Der Mangel einer klaren Einsicht in das Wesen des Staates im Rechtssinne, also der Mangel einer radikalen Überwindung des metarechtlichen Staatsbegriffes hat auch Kelsen gehindert, sein — immerhin gesehenes — Ziel der Darstellung der Einheit der Rechtserfahrung zu erreichen. Er führt zunächst aus: „Für das Verhältnis der staatlichen Rechtsordnung zu dem Normensystem, das man unter dem Namen des Völkerrechtes begreift, kommt — wie

---

uns am Faktum der Rechtswissenschaft orientieren wollen“ (S. 83), gleich darauf aber andererseits, daß „es gilt, das völkerrechtliche Material“ — also das Recht — „zu analysieren“. So schwankt Verdross zwischen der Ansicht von der Rechtswissenschaft und jener vom Rechte als Rechtsquelle.

bereits eingangs bemerkt — denkbarer Weise entweder die Möglichkeit zweier voneinander unabhängiger, voneinander verschiedener Ordnungen oder aber eine gegenseitige Über- und Unterordnung beider Normensysteme in Betracht. Im letzteren Falle wird zu entscheiden sein, ob das Völkerrecht der staatlichen Rechtsordnung oder ob staatliches Recht der Völkerrechtsordnung subordiniert gedacht werden muß. Fragt man, welcher Anschauung in diesem Punkte — der für die Konstruktion des Völkerrechtes grundlegend sein muß — die herrschende Lehre zuneigt, so zeigt sich ein recht unsicheres und widerspruchvolles Hin- und Herschwanken der Theorie, die sich die prinzipiellen normlogischen Beziehungen noch nicht klar zum Bewußtsein gebracht hat. Keine der beiden Grundanschauungen wurde bisher wirklich konsequent durchgeführt, vielmehr werden mit jeder Konstruktion Elemente der entgegengesetzten — nicht ohne Widerspruch natürlich — zu verbinden gesucht. Worauf es in diesem Zusammenhang ankommt, ist die Feststellung, daß der strenge Dualismus von Völkerrecht und staatlichem Recht zu Konsequenzen führt, die dem allgemeinen Sinne der in der heutigen Völkerrechtswissenschaft faktisch enthaltenen Sätze zuwiderlaufen und daß die Zweifelsfrage nach der Rechtsnatur des Völkerrechtes sich nicht eigentlich aus dem Fehlen oder Nichtfehlen des Zwangsmomentes bei diesen Normen, sondern prinzipiell schon daraus ergibt: ob Völkerrecht und staatliches Recht von ein und demselben, und zwar von einem juristischen Standpunkt aus begriffen werden kann. Wenn man die Auffassung, nach der staatliches Recht und Völkerrecht zwei voneinander verschiedene, unabhängige Normsysteme sind, als eine ‚dualistische‚ bezeichnet, so muß betont werden, daß ein Dualismus in dem Sinne nicht möglich ist: von ein und demselben Betrachtungsstandpunkte aus beide Ordnungen als gültig zu erkennen. Die Einheit des Erkenntnisstandpunktes fordert gebieterisch eine monistische Anschauung. Bei angenommener Disparität beider Ordnungen kann auch nicht von ‚Beziehungen‘ zwischen ihnen in einer Weise gesprochen werden, die eine Projektion beider auf die gleiche Betrachtungsebene voraussetzt. Eine ‚dualistische‘ Konstruktion des Völkerrechtes könnte daher nur in dem Sinne möglich sein, daß die Betrachtung entweder vom Standpunkte der staatlichen Rechtsordnung oder von



verschiedene, nebeneinander in Geltung stehende Ordnungen anzusehen sind, dann wäre sie vor die Möglichkeit eines Widerspruches zwischen beiden Ordnungen gestellt, den sie zu lösen außerstande bliebe; womit sich diese ‚dualistische‘ Konstruktion selbst aufhöbe, sofern sie dem Postulate der Einheit — dieser Grundvoraussetzung aller normativen Erkenntnis — widerspräche.“ (S. 120 ff.) Gewiß hat Kelsen Recht, wenn er der herrschenden Theorie „unsicheres und widerspruchsvolles Hin- und Herschwanken“ vorwirft, gewiß sind seine auf Aufhellung der Widersprüche der herrschenden Theorie gerichteten Bemühungen als kritische Vorarbeit von großer Bedeutung: aber nicht darauf kommt es an, jede der möglichen Konstruktionen folgerichtig durchzuführen oder eine der möglichen Konstruktionen zu bevorzugen, sondern die Rechtswissenschaft von ihren eigenen „Konstruktionen“ abzubringen und auf die Konstruktionen des Rechtes, die vom Rechte vollzogenen Konstruktionen zu verweisen. Nicht die Rechtswissenschaft „konstruiert“ das positive Recht, d. h. erzeugt in konstitutiv-synthetischen Bestimmungen das Recht, sondern das Recht konstruiert sich selbst in Rechtsverfahren und die Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht lediglich darin, die primären Konstruktionen des Rechtes sekundär zu analysieren. Niemals kann die Rechtswissenschaft die Beziehungen zwischen dem sogenannten Völkerrechte und dem sogenannten Staatsrechte konstruieren, vielmehr findet sie diese Beziehungen bereits als in Rechtsverfahren „konstruierte“, d. h. synthetisch erzeugte, vor. Die „Zweifelsfrage“ nach der Rechtsnatur, d. h. nach der Positivität des Völkerrechtes kann durch keine wie immer geartete Konstruktion der Rechtswissenschaft, sondern nur durch analysierende Bezugnahme auf das Faktum des Rechtes, den Nachweis, daß die „Völkerrecht“ ge-

nannten Rechtserscheinungen verfahrensmäßig mit anderen Rechtserscheinungen in Beziehung stehen, verfahrensmäßig in das All der Rechtserfahrung verwoben sind, beantwortet werden. Und diese verfahrensmäßige Beziehung macht auch die seltsame Frage nach logischen Widersprüchen zwischen Rechtserscheinungen unmöglich, weil das Verfahren jene synthetische Erzeugungseinheit ist, innerhalb welcher rechtliche Widersprüche sich lediglich als besondere verfahrensmäßige Tatbestände darstellen. Mag die Rechtswissenschaft welche „Konstruktion" immer vornehmen: alle diese Konstruktionen reichen an die Sphäre der Konstruktionen des Rechtes nicht heran, entpuppen sich — auch bei Kelsen — als metarechtliche, ethisch-politische Deutungen der objektiven Rechtssphäre. Kelsen untersucht als die beiden Möglichkeiten „monistischer" Konstruktion „den Primat der staatlichen Rechtsordnung" und „den Primat der Völkerrechtsordnung". Hiebei handelt es sich für Kelsen um „juristische Hypothesen". „Die aller Erkenntnis und so auch der juristischen innewohnende Tendenz zur Einheit überwindet in der Hypothese, die als Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung bezeichnet wurde, die — vorerst gegebene — Vielheit der Rechtsordnungen oder Staaten in der Weise, daß sie die eigene staatliche Rechtsordnung über die andere ausdehnt und so — formell, wenn auch nicht materiell — zu einer Universalrechtsordnung gestaltet. Das ist unzweifelhaft der letzte Sinn jeder juristischen Erkenntnis, jeder diese Erkenntnis begründenden, ermöglichenden Hypothese. Und darum muß auch die Konstruktion des Primates staatlicher Rechtsordnung als eine echte juristische Hypothese gelten." (S. 188.) „Nach allgemein anerkannter Auffassung gehört zum Wesen und Begriff des Völkerrechtes, daß es eine Gemeinschaft gleichberechtigter Staaten konstituiere. Die Vorstellung der Koexistenz einer Vielheit von Gemeinwesen, die trotz der tatsächlichen Verschiedenheit ihrer Größe, Volkszahl und effektiven Machtmittel rechtlich gleichwertig und — bei gegenseitig abgegrenzten Machtsphären — zu irgend einer höheren Gemeinschaft verbunden sind, ist eine eminent sittliche Idee und eine der wenigen wirklich wertvollen und unbestrittenen Bestandteile des neuzeitlichen Kulturbewußtseins. Diese Vorstellung ist aber nur möglich mit Hilfe einer juristischen Hypothese: daß über den als Staaten angesehenen Gemeinwesen eine Rechtsordnung steht —."



(S. 204.) „Er" — Heffter — „gibt sich weiter darüber keine Rechenschaft, wie ohne die Hypothese eines solchen ‚höheren Gesetzes' eine Vielheit nebeneinander bestehender, gleichberechtigter Staaten rechtlich möglich sein soll — — —." (S. 209.) „In diesem schwankenden Verhältnis der beiden Prinzipien zeigt sich im Grunde nur die Unsicherheit des Autors in der Wahl der grundsätzlichen Rechtshypothese: Primat des Völkerrechtes oder der einzelstaatlichen Rechtsordnung." (S. 244.) Aber daß eine Hypothese die vorerst gegebene Vielheit der Rechtsordnungen oder Staaten überwindet, kann nur den Sinn haben, daß ein ethisch-politisches Postulat ein anderes ethisch-politisches Postulat — denn nur als ethisch-politische Postulate, also a priori, nicht aber a posteriori als Rechtserscheinungen in der Rechtserfahrung ist eine Vielheit der Rechtsordnungen oder Staaten gegeben — überwindet; denn innerhalb der Rechtserfahrung können nur Rechtsverfahren eine Rechtsordnung ausdehnen und gestalten, innerhalb der Rechtserfahrung können immer nur Rechtsverfahren die „Hypothesis eines Gesetzes" vollziehen. Die „Hypothesen" und „Konstruktionen" der Rechtswissenschaft aber lassen die objektive Sphäre der Rechtsverfahren völlig unberührt, können nicht einen einzigen Tatbestand anders gestalten, als er bereits in Rechtsverfahren gestaltet ist, nicht eine einzige Beziehung anders schaffen, als sie bereits in Rechtsverfahren geschaffen ist. Die Kelsenschen Hypothesen vom Primate des Völkerrechtes und vom Primate der staatlichen Rechtsordnung insbesondere sind nicht Prinzipien theoretischer Untersuchung, also der Analyse des Rechtes, sondern ethisch-politischen Postulaten entsprungene Prinzipien metarechtlicher, subjektivistischer Deutung des Rechtes. Sie bringen nicht objektive Rechtsrelationen zum Ausdruck, sondern stellen nur dar, wie objektive Rechtsrelationen in verschiedenen ethisch-politischen Subjektivitäten sich spiegeln, zurechtgelegt werden.

Daß Kelsens konstruktive Hypothesen — wie notwendigerweise jede Hypothese, welche die bloß reflektierende Rechtswissenschaft sich erlaubt — nur ethisch-politische Postulate sind, geht übrigens aus Kelsens Gedankengängen unmittelbar hervor. Es wurden bereits Ausführungen Kelsens angeführt, in denen er sagt, daß die sittliche Idee der Verbindung einer Vielheit von Gemeinwesen zu einer höheren Gemeinschaft nur mit Hilfe einer juristischen Hypothese (des Primates des Völkerrechtes) möglich sei (S. 204).

Kelsen hätte aber ruhig sagen können, daß diese sittliche Idee mit jener juristischen Hypothese identisch ist. In seiner Polemik gegen Ullmann sagt Kelsen: „Das heißt aber: die fraglichen subjektiven Rechte und Pflichten können nur aus der ‚grundlegenden Norm‘ abgeleitet werden — falls überhaupt nach vorheriger Auseinanderlegung dieser allgemeinen Norm in speziellere eine Subjektivierung zweckmäßig erscheint. Wenn aber die ‚grundlegende Norm‘ als ein Postulat der Idee internationaler Gemeinschaft gleichberechtigt nebeneinanderstehender Mitglieder erscheint, dann führt ein unzweifelhaft ‚spekulativer‘ Weg zu einer ‚absoluten und formalen Norm‘, zu einer ‚übergeordneten‘, ‚auf deduktivem Wege konstruierten Ordnung‘, dann ist auch die — schon an und für sich unhaltbare — Vorstellung einer gegenseitigen Anerkennung als letzter Geltungsgrund aufgegeben, und an ihre Stelle tritt die durch die ‚grundlegende‘ Norm statuierte Verpflichtung jedes der Norm unterworfenen Subjektes, das andere zu respektieren, jede Verletzung des anderen zu unterlassen.“ (S. 222.) Mag immerhin gesagt werden, daß es hier nur die Polemik gegen Ullmanns Gedanken ist, welche Kelsen dazu veranlaßt, das Postulat einer Idee und den letzten Geltungsgrund des Völkerrechtes in bedenkliche Nähe zu rücken, so wandelt Kelsen an späterer Stelle ganz selbständig in den Bahnen des Naturrechtes, wenn er ausführt: „Vom Standpunkte der Souveränität des Einzelstaates ist es schlechterdings unmöglich, eine juristische Konstruktion zu finden, um der Forderung der Billigkeit, des primitivsten Rechtsgefühls Rechnung zu tragen, daß der neuentstandene Staat die Verpflichtungen des alten in demselben Maße weitertrage, als es dieselben Menschen sind, die den neuen Staat bilden. Hier droht die juristische Konstruktion zu einer ernstlichen Schranke für die Gerechtigkeit zu werden. Und die Idee der Gerechtigkeit sprengt auch die Fesseln des Souveränitätsdogmas, den engen Horizont der Einzelrechtsordnung, des Einzelstaates. Denn nur der Rekurs zu einer Völkerrechtsordnung, die über den territorial nebeneinander stehenden wie zeitlich aufeinander folgenden Staaten oder Verfassungen sich erhebt, bringt die gesuchte Lösung des Problems, schlägt auch über den Abgrund, den die Revolution zwischen zwei Verfassungen legt, die Brücke des Rechtes.“ (S. 238.) Daß aber eine „juristische Konstruktion“ die Aufgabe hat, einer



„Forderung der Billigkeit" Rechnung zu tragen, kann nur bedeuten: daß eben die „juristischen Konstruktionen", die Konstruktionen der Rechtswissenschaft ethisch-politische Postulate sind. Die Theorie der Rechtserfahrung aber hat es ausschließlich mit den Konstruktionen des Rechtes, mit den in Rechtsverfahren vollzogenen Konstruktionen zu tun. Nur Rechtsverfahren, nur das Recht selbst, nicht aber eine rechtswissenschaftliche Hypothese vermag eine „Brücke des Rechtes" zu schlagen und wenn die Rechtswissenschaft nicht — worauf es allein ankommt — verfahrensmäßige „Brücken des Rechtes" durch Analyse der Rechtserfahrung aufzeigen kann, sind alle ihre wie immer gearteten Hypothesen bloßes Naturrecht [1]).

[1]) In persönlicher Angelegenheit muß ich hier, weil sie mir zugleich eine sachliche Angelegenheit zu sein scheint, mit Nachdruck folgendes bemerken: Kelsen erörtert — und dies sind die einzigen Beispiele konkreter Rechtsprobleme, an welchen er seine Hypothesen erhärten will, — die Probleme der „Staatsentstehung" und der „Kontinuität des Rechtes." Hiebei beruft sich Kelsen auf meine Abhandlung „das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung" und meint, daß ich auf dem Standpunkte des Primates des Völkerrechtes stehe. Abgesehen davon, daß ich allerdings die „Kontinuität des Rechtes", soweit ich sehe, als erster und gerade im Kampfe gegen Kelsen (und Merkl), die leidenschaftliche Anhänger der „Diskontinuität" waren und auf Grund ihrer „statischen" Dogmen auch sein müssen (Vgl. meine Ausführungen im Band I. 3 und 4, S. 312 ff der Zeitschrift f. öff. Recht), vertreten habe, mißversteht Kelsen, der in seinem vorliegenden Werke meinen Standpunkt der „Kontinuität des Rechtes" und der „rechtlichen Entstehung der Staaten" annimmt, durchaus die Tendenzen meiner Arbeiten, wenn er glaubt, daß ich auf dem Standpunkte des „Primates des Völkerrechtes" stehe. Ich habe meine Lehre darauf basiert, daß Rechtsverfahren nachweisbar sind, welche die von der herrschenden Lehre (und auch von Kelsen) negierte Kontinuität herstellen. Wenn ich auch gewiß anfänglich, weil ich mir über das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Recht nicht im klaren war, teilweise mit ethisch-politischen Begriffen gearbeitet habe, so habe ich doch bereits in meiner von Kelsen zitierten Arbeit das Problem des Völkerrechtes nicht auf Grund einer „Hypothese", sondern unter Hinweis auf eine Rechtserfahrung: die „Anerkennungsverfahren" behandelt. Inzwischen habe ich, insbesondere in meiner Abhandlung „Alte und Neue Staatsrechtslehre" betont, daß es überhaupt nicht auf „Völkerrecht" oder „Staatsrecht", sondern ausschließlich auf das All der Rechtserfahrung ankomme. Abschließend möchte ich betonen, daß Kontinuität des Rechtes mit Kelsens „Statik" völlig unvereinbar ist und daß also Kelsen, um wirklich „Kontinuität" behaupten zu dürfen, die Grundbegriffe seiner Rechtslehre einer radikalen Revision unterziehen müßte. Solange der Blick nicht auf die verfahrensmäßige Dynamik des Rechtes eingestellt wird, bleiben alle Behauptungen der Rechtswissenschaft — ob „Primat der staatlichen



Kelsen erörtert abschließend „die erkenntnis-theoretische und ethisch-politische Bedeutung der beiden juristischen Grundhypothesen“. Ihre erkenntnis-theoretische Bedeutung sieht er darin, daß die Hypothese des „Primates der staatlichen Rechtsordnung“ der subjektivistischen, hingegen die Hypothese des „Primates des Völkerrechtes“ der objektivistischen Weltanschauung entspreche. Kelsen unterläßt aber nicht nur, durch Berufung auf philosophische Schulen aufzuklären, was er eigentlich mit der Entgegensetzung objektivistischer und subjektivistischer Weltanschauung meint, sondern übersieht, daß jedenfalls diese Entgegensetzung in ihrer Anwendung auf Rechtsprobleme nur dann Sinn hat, wenn man eben, wie Kelsen, das „Ich“ des Menschen und das „Ich“ des Staates für Rechtsbegriffe hält, womit sich aber der ethische Charakter der Kelsenschen Entgegensetzung enthüllt. Sowohl das, was Kelsen „objektivistische“, als auch das, was Kelsen „subjektivistische“ Anschauung nennt, sind vor dem Forum der Theorie der Rechtserfahrung subjektivistische, weil ethisch-politische Anschauungen des Rechtes, weil eben für die Theorie der Rechtserfahrung Objektivität ausschließlich in den Urteilen des Rechtes beschlossen liegt. Und wenn Kelsen ferner als ethisch-politische Bedeutung der beiden juristischen Grundhypothesen „Imperialismus und Pazifismus“ auszeichnet, so nimmt uns die Aufnahme derartiger Erörterungen in eine „reine Rechtslehre“ nicht mehr Wunder, weil eben Kelsens Hypothesen nicht nur eine ethisch-politische Bedeutung haben, sondern sich sogar ausschließlich in ethisch-politischer Bedeutung erschöpfen.

V.

Wenn wir auf Kelsens Rechtslehre einen überschauenden Blick werfen, so ergibt sich, daß Kelsen durchgängig bemüht ist, jene mit ethisch-politischem Gehalte gefüllten Dogmen, welche die herrschende Rechtslehre bisher ohne kritische Besinnung angenommen hat, in denknotwendige Voraussetzungen der Rechtswissenschaft umzudeuten, die ethisch-politische in eine logische Metajurisprudenz zu verwandeln. In logischer Verkleidung finden wir alle Dogmen

Rechtsordnung“ (Diskontinuität) oder ob „Primat des Völkerrechtes“ (Kontinuität) — gleichwertige, willkürliche Annahmen, die lediglich von ethisch-politischen Postulaten gestützt sind, also Naturrecht.



der Rechtsdogmatik in Kelsens Rechtslehre wieder. Die Imperativtheorie erscheint als Denkkategorie des „Sollens", welche das Recht auf menschliches Verhalten bezieht, die Imperativanerkennungstheorie als denkökonomisches Prinzip, welches nur jene Rechtsordnung als gültig voraussetzt, welche faktisch befolgt, also von Menschen anerkannt ist, der „Mensch" tritt als vernünftigerweise allein möglicher Inhalt des Rechtes, die „Person" als Denkbehelf auf, der Staat ist die logische Einheit der Rechtsnormen, die Rechtswissenschaft verpflichtet sich selbst mittels des logischen Postulates der Einheit von Staat und Recht zum Rechte — was der Kern der Selbstverpflichtungstheorie überhaupt ist — Souveränität und Positivität sind logische Voraussetzungen des Rechtes — die sich mittels eines denkökonomischen Prinzipes an ethisch-politische Voraussetzungen anlehnen — die Diskontinuität des Rechtes wird als logische, also metarechtliche Ableitung einer Rechtsstufe aus der anderen gerechtfertigt. Fragen wir nach dem letzten Grunde, der Kelsen verhindert hat, die Rechtsdogmatik zu überwinden, so wird die Antwort lauten müssen: Mit der Methode der Rechtsdogmatik läßt sich die Rechtsdogmatik nicht überwinden. Die Rechtsdogmatik aber ist in der Methodik der formalen Logik fundiert, sie nimmt nicht nur an, daß sie, die Rechtswissenschaft als Inbegriff logischer Operationen, Recht hervorbringe, sondern deutet auch, wo sie überhaupt auf die Sphäre des objektiven Rechtes Bezug nimmt, ihre formale Logik in das Recht hinein, indem sie eine Rechtsstufe aus der anderen, insbesondere das Urteil aus dem Gesetze durch logische Schlüsse entstanden sein läßt, also die Urteile des Rechtes als analytische Urteile auffaßt [1]).

[1]) Die Kritik, welche die Freirechtsschule an der Rechtsdogmatik geübt hat, ist zwar von ethisch-politischen Tendenzen ausgegangen, hat aber im Fortgange der Untersuchungen zu überaus wertvollen theoretischen Ergebnissen geführt: Die Erkenntnis der Dynamik des Rechtes und seiner nicht logischen Erzeugung ist bei den Vertretern der Freirechtschule zum Durchbruch gelangt. Kelsen erwähnt nicht einmal die bezüglichen Untersuchungen der Freirechtler, weil er offenbar das Problem der synthetischen Eigengesetzlichkeit des Rechtes nicht gesehen hat. Hier sei — nur als Beispiel — Wurzels interessantes Buch „Das juristische Denken" erwähnt, in welchem der Kampf gegen die Rechtsdogmatik ausdrücklich als Entgegensetzung der Synthesis gegen die Analysis geführt wird. „Die ältere Logik stellt sich alle menschlichen Begriffe wie die mathematischen als fest begrenzte Größen vor und pflegt sie auch mit Vorliebe graphisch in Form von geometrischen Figuren (Kreisen) darzustellen. Ihre Hauptaufgabe



Diese Methodik ist aber auch jene, welche die Kelsensche Rechtslehre beherrscht. Kelsen meint grundsätzlich, daß die formale

erblickte sie sodann darin, nach dem Vorbilde geometrischer Raumverhältnisse verschiedene Schlußformen auszubilden, darunter den die Theorie der Auslegung beherrschenden Subsumtionsschluß, dessen Wesen darin liegt, daß man sich das Subjekt des Untersatzes als in dem Subjekte des Obersatzes enthalten vorstellt und sodann die Eigenschaften des letzteren Subjekts (in der Jurisprudenz die vom Gesetze über das letztere Subjekt getroffene Verfügung) auf das erstere überträgt (anwendet). Ja, die Subsumtion bildete gerade das Leben der älteren Logik, denn für sie war ja der Begriff seiner Natur nach ein vorgestelltes, durch Abstraktion (Eliminierung der individuellen Eigenschaften einer Gruppe von Gegenständen) gewonnenes Schema, in welches dann jeder neue Gegenstand dieser Art hineinpaßt. In dieser Weise hat die ältere Logik ein Gedankensystem aufgebaut, welches fest zusammenhing und in sich widerspruchslos, aber auch unfähig war, für die Erfahrungswissenschaften irgendwie zu nützen. Es würde keinem Gelehrten, ja keinem Menschen überhaupt einfallen, sein Denken nach den Formen jener Logik, nach den verschiedenen Barbara Celarent usw. Syllogismen wirklich einzurichten; es würde nicht bloß ungeheuer schwerfällig werden, sondern in den meisten Materien überhaupt nicht vom Flecke kommen und sich in einem Zirkel von Wiederholungen und Umschreibungen bewegen. Jene Logik ist eben unfähig, der Mannigfaltigkeit des Gedankenlebens gerecht zu werden. . . . Bildet der ursprüngliche Begriff bloß einen Krystallisationsfaden, an welchen sich neue, verwandte, doch nicht gleiche Erscheinungen angliedern. Der Prozeß, durch welchen jener Begriff auf einen solchen Grenzfall angewendet wird, ist nicht die Analyse (Betrachtung und Zerlegung) des Begriffs, sondern Synthese, Verbindung des alten Begriffs mit der neuen Erscheinung, Erweiterung des Begriffs. Welcher Natur das Verkittungsmittel in diesem Kristallisationsprozeß ist, bedarf noch einer Untersuchung. Hier erwähne ich nur, daß im allgemeinen bei jeder Synthese entweder die Erfahrung oder eine Empfindung (ein Affekt) das Bindeglied abgeben kann. Der im Begriffe vorgestellte Begriffskern kann sich in dieser Weise eine ungeheuere Masse von Erscheinungen angliedern, welche in ihm ursprünglich nicht stecken; er kann, begünstigt durch entsprechende Erfahrungstatsachen und Empfindungsrichtungen, durch kleine, unscheinbare Abstufungen über seinen ursprünglichen Gehalt um sich greifen: Diese Erscheinung — die gerade im juristischen Denken wegen seines Bedürfnisses nach Präzision einerseits und wegen seines diese Erscheinung eben begünstigenden normativen Zugs andrerseits sehr auffällig ist — nenne ich Projektion (eines im formulierten Rechte vorkommenden Begriffs in die Wirklichkeit und stelle sie zwischen die eigentliche Subsumtion einerseits und die Analogie andererseits. Das Wesen der Projektion wird im Laufe der Darstellung, namentlich der Bindeglieder, deren sich das juristische Denken bei Verknüpfung einer Tatsache mit einem Begriffe des Rechts bedient, greifbarer werden. Hier definiere ich sie vorläufig (vom Gesichtspunkte ihrer Wirkung aus) als die Anwendung eines Begriffs des formulierten Rechtssatzes, ohne seine (begriffliche) Änderung auf solche Erscheinungen, die ursprünglich in ihm (diesem Begriffe) nicht oder wenigstens

Logik fähig sei, Aussagen über Erfahrungszusammenhänge, wie das Recht einer ist, zu machen, er meint, daß die Logik der Rechtswissenschaft imstande sei, mit ihren Setzungen — die Kelsen in die „Hypothesen" konstitutiver Urteilszusammenhänge umdeuten will — Recht oder Qualitäten des Rechtes hervorzubringen, er meint, daß eine Rechtsstufe aus der andern Rechtsstufe logisch abgeleitet werde. Aber die Annahme der Prinzipien des kritischen Idealismus, welcher Idealismus der dynamischen Synthesis ist, hätte Kelsen darüber belehren müssen, daß spätestens seit Kant die Herrschaft der formalen, statischen, der ontologischen Logik gebrochen, sie zu einer sekundären Sphäre gegenüber der Sphäre der materialen, dynamischen, der genetischen Gesetzlichkeiten herabgedrückt ist: also ist auch Theorie von Erfahrungszusammenhängen nicht auf Grund der Analyse willkürlich, daß heißt, auf Grund ethischer Postulate gesetzter Begriffe, sondern nur durch Analyse der synthetischen Urteile jener Erfahrungszusammenhänge, in Bezugnahme auf das Faktum jener Erfahrungszusammenhänge, also nur kraft der transzendentalen Methode möglich [1]).

nicht nachweisbar vorgestellt (enthalten) waren." (S. 37 ff, 42 ff.) Was Wurzel hier in freilich allzu psychologistischer Wendung als „Projektion" bezeichnet, ist Kants „Synthesis". Wurzel übersieht nur, daß die rechtliche Synthesis als Einheit der Synthesis sich nicht im „juristischen Denken", sondern im Rechte, in der Einheit der Rechtsverfahren vollzieht. Vgl. ferner Ehrlich „Die juristische Logik", 1918 und Krabbe „Die moderne Staatsidee, 1919, S. 145 ff., S. 212 ff.

[1]) „Man wird hier leicht gewahr, daß Handlung" — die Synthesis — „ursprünglich einig und für alle Verbindung gleichgeltend sein müsse, und daß die Auflösung (Analysis), die ihr Gegenteil zu sein scheint, sie doch jederzeit voraussetze; denn wo der Verstand vorher nichts verbunden hat, da kann er auch nichts auflösen, weil es nur durch ihn als verbunden der Vorstellungskraft hat gegeben werden können." — „Die allgemeine Logik löset nun das ganze formale Geschäft des Verstandes und der Vernunft in seine Elemente auf und stellet sie als Prinzipien aller logischen Beurteilung unserer Erkenntnis dar. Dieser Teil der Logik kann daher Analytik heißen und ist eben darum der wenigstens negative Probierstein der Wahrheit, indem man zuvörderst alle Erkenntnis ihrer Form nach an diesen Regeln prüfen und schätzen muß, ehe man sie selbst ihrem Inhalt nach untersucht, um auszumachen, ob sie in Ansehung des Gegenstandes positive Wahrheit enthalten. Weil aber die bloße Form des Erkenntnisses, so sehr sie auch mit logischen Gesetzen übereinstimmen mag, noch lange nicht hinreicht, materielle (objektive) Wahrheit dem Erkenntnisse darum auszumachen, so kann sich niemand bloß mit der Logik wagen, über Gegenstände zu urteilen und irgend etwas zu behaupten, ohne von ihnen vorher

Macht man sich klar, daß die Wissenschaft der Rechtsdogmatik ausschließlich auf der Methodik der formalen Logik aufgebaut ist, dann erst

---

gegründete Erkundigung außer der Logik eingezogen zu haben, um hernach bloß die Benützung und die Verknüpfung derselben in einem zusammenhängenden Ganzen nach logischen Gesetzen zu versuchen, noch besser aber, sie lediglich darnach zu prüfen. Gleichwohl liegt so etwas Verleitendes in dem Besitze einer so scheinbaren Kunst, allen unseren Erkenntnissen die Form des Verstandes zu geben, ob man gleich in Ansehung des Inhaltes derselben noch sehr leer und arm sein mag, daß jene allgemeine Logik, die bloß ein Kanon zur Beurteilung ist, gleichsam wie ein Organon zur wirklichen Hervorbringung, wenigstens zum Blendwerk von objektiven Behauptungen gebraucht und mithin in der Tat dadurch gemißbraucht worden. Die allgemeine Logik nun, als vermeintes Organon, heißt Dialektik. So verschieden auch die Bedeutung ist, in der die Alten dieser Benennung einer Wissenschaft oder Kunst sich bedienten, so kann man doch aus dem wirklichen Gebrauche derselben sicher abnehmen, daß sie bei ihnen nichts anderes war, als eine Logik des Scheins: Eine sophistische Kunst, seiner Unwissenheit, ja auch seinen vorsätzlichen Blendwerken den Anstrich der Wahrheit zu geben, daß man die Methode der Gründlichkeit, welche die Logik überhaupt vorschreibt, nachahmte und ihre Logik zur Beschönigung jedes leeren Vorgebens benutzte. Nun kann man es als eine sichere und brauchbare Warnung anmerken: daß die allgemeine Logik, als Organon betrachtet, jederzeit eine Logik des Scheins, das ist dialektisch, sei. Denn da sie uns gar nichts über den Inhalt der Erkenntnis lehrt, sondern nur bloß die formalen Bedingungen der Übereinstimmung mit dem Verstande, welche übrigens in Ansehung der Gegenstände gänzlich gleichgültig sind, so muß die Zumutung, sich derselben als eines Werkzeuges (Organon) zu gebrauchen, um seine Kenntnisse wenigstens dem Vorgeben nach auszubreiten und zu erweitern, auf nichts als Geschwätzigkeit hinauslaufen, alles, was man will, mit einigem Schein zu behaupten oder auch nach Belieben anzufechten." (Kant: „Kritik der reinen Vernunft.") „Noch nie ist eine Logik wirklich unabhängig von erkenntnis-theoretischen Annahmen vorgetragen worden. Es ist unmöglich, überhaupt eine Behauptung aufzustellen, geschweige denn die verschiedenen Arten des Behauptens und die Bedingungen wahrer Urteile und Schlüsse zu lehren und bei solchen Lehren sich irgend etwas zu denken, wenn man mit klarem Bewußtsein von dem erkenntnistheoretischen Probleme völlig abstrahiert. Dann fehlte dem Urteil jeder verständliche Sinn. In der Tat hat jede logische Unterweisung, so wie jeder, der sie empfängt und zu verstehen glaubt, ja überhaupt jeder Denkende und Sprechende erkenntnistheoretische Voraussetzungen. Es kommt nur darauf an, ob und wie weit er sich derselben bewußt wird. Nur das ist möglich, die erkenntnistheoretischen Voraussetzungen, welche tatsächlich vorhanden sind und bei jedem Schlusse mitwirken, zu ignorieren oder als völlig selbstverständlich anzusehen und somit auch ungeprüft hinzunehmen. Was dann nicht ausbleiben kann, ist zunächst, daß Inkonsequenzen und Widersprüche in diesen Voraussetzungen selbst unerkannt bleiben, und sodann, daß die Widersprüche und Schwierigkeiten der Logik selbst nicht auf ihren eigentlichen Grund zurückgeführt werden. . . . Die Erfahrung über-

gewinnt man auch Klarheit darüber, welchen transzendentalkritischen Sinn die *Behauptung eines methodischen Parallelis-*

---

führt uns oft des Irrtums, und doch waren wir auf irgendeinem bestimmten Wege des Denkens, doch aus anerkannten Urteilen schließend zu unserer Ansicht gelangt, und doch schien der Weg derselbe zu sein, der uns und andere oft zu günstigen Resultaten geführt hat; wir haben wohl begründete und feste Ansichten und doch wird von anderen das Gegenteil behauptet und doch führen wir beide Gründe an, welche uns zwingend zu sein scheinen. Das redlichste Bemühen konnte oft weder vor Irrtum sichern noch die erstrebte Übereinstimmung herstellen, und nun gar kam die gefährliche Kunst sophistischer Täuschung! Aber wenn all unser Begründen und Schließen nicht ein leerer Schein ist, so *muß* es doch Kennzeichen geben, welche den wahren Schluß von dem sophistischen Scheine unterscheiden lassen. ... Ich frage nicht, wie jemand dazu kommt, der erstrebten Einsicht in das Wesen des Denkvorganges eine weitreichende praktische Verwendbarkeit zuzuschreiben — denn das versteht sich von selbst —, sondern wie, ganz abgesehen von jener gedachten tiefsten Einsicht, der Glaube an die Fruchtbarkeit von Gesetzen, welche im oben dargestellten Sinne der Betrachtung des konkreten Denkens müßten entnommen werden können, sich trotz des augenscheinlichsten Mißerfolges halten konnte. *Hier steht offenbar eine Erfahrung mit einem Postulate in Konflikt* und diejenigen machen es sich zu leicht, welche das Postulat bloß um der bisherigen Erfahrung willen verwerfen, ohne nachweisen zu können, worin denn der Schlußfehler steckt, der zu der falschen Hoffnung verführte. Ich will hier nicht aufs Neue das Spiel mit leeren Schematen in seiner Nichtigkeit darstellen. Diese Erkenntnis setze ich voraus. Aber mancher meint" — zum Beispiel in der Rechtstheorie *Merkl*! — „daß die formale Logik wenigstens befähige, den Irrtum sicherer und leichter nachzuweisen und so der Auffindung der Wahrheit diene. Jedoch ist auch dieses bescheidene Verdienst noch einzuschränken. *Auch die Überzeugung von der Unrichtigkeit eines Satzes ist nicht durch die logischen Normen vermittelt worden*, sondern ohne sie zustande gekommen; die Erkenntnis eines Fehlers entsteht nicht ohne Kenntnis seines Gegensatzes, des Wahren. Nur die Festigkeit dieser Überzeugung und ihre Demonstrierbarkeit wird durch die Klarheit der dargelegten Gesetzesverletzung erhöht werden. Aber auch dieser Nutzen ist abermals einzuschränken. *Der Nachweis des Fehlers hängt von sachlicher Erkenntnis ab* und die klarste Darlegung einer Verletzung logischer Normen kann auf falscher Auffassung einzelner Begriffe beruhen und somit vollständig hinfällig sein. Ist es also in der Tat einer von den natürlichen und deshalb immer aufs Neue wieder auftauchenden Irrtümern, daß jenes Leben des Denkens bestimmten Gesetzen unterworfen sei, und daß diese sich entdecken lassen müssen und daß ihre Kenntnis praktischen Nutzen haben müsse? *Nur wenn man die Worte „logisches Gesetz oder Denkgesetz" völlig gedankenlos hinnimmt, ist es möglich, diese Frage nicht immer und immer wieder aufzuwerfen.* ... Aber unser Grundriß von Denkformen mit seiner dürftigen Einteilung der Begriffe in über- und untergeordnete, der Unterscheidung von



mus zwischen Jurisprudenz und Theologie haben kann. Kelsen verweist an mehreren Stellen seines Werkes auf die

Inhalt und Umfang, mit seiner Einteilung der Urteile nach Qualität, Quantität, Relation und Modalität und den Figuren des Syllogismus bietet nichts von einer solchen Übersicht, sondern erschwert sie eher. Trotz seiner scheint die Mannigfaltigkeit möglicher Behauptungen und Begründungen geradezu unendlich. Jene Formen umfassen das Verschiedenartigste und ihre Unterscheidungen sind wie Linien, die man im Wasser zieht. Beinahe ist die Unmöglichkeit einer festen und fruchtbaren Einteilung zum Glaubensartikel geworden, als läge das eben in der Natur des Denkens, daß es in Behauptungen und Begründungen wirklich unerschöpflich und unberechenbar sei. Hier festen Fuß fassen zu wollen, wird wie ein Versuch, das Geistige zu mechanisieren, angesehn und der Vergleich mit dem Nürnberger Trichter in nahe Aussicht gestellt. Diese Ansicht ist aber ein fundamentales Mißverständnis. Wenn man nicht eben aus der bloßen Tatsache daß die überlieferten Formen keine Übersicht gewähren, daß also ihnen gegenüber die vorhandene Mannigfaltigkeit jedes Ordnungsversuches spottet, die Unmöglichkeit deduzieren will, so muß es a priori undenkbar erscheinen, daß die Möglichkeiten des Behauptens und Begründens wirklich uneingeschränkt sein sollen. Der Glaube an den Wert einer Übersicht, wie sie durch die Aufstellung von Gattungen und Arten offenbar versprochen wird, und an die Möglichkeit derselben ist der tiefere Grund des Glaubens an den praktischen Nutzen der Logik.“ (Schuppe, „Erkenntnistheoretische Logik“). „Also was ist Synthesis? Zunächst nur ein Ausdruck der Abwehr einer bloß analytischen Begründung der Erkenntnis. Der Fehler der Analysis ist, daß sie die Erkenntnis bestenfalls in Tautologie verwandelt. Also scheint Synthesis vielmehr Heterologie bedeuten zu müssen: Nicht „A ist A“, sondern „A ist B“. Das Verschiedene gerade müsse identisch gesetzt werden können, das Identische different, sonst sei kein Fortschreiten möglich; Erkenntnis sei aber Fortschritt, nicht Stillstand oder gar Rückgang; sofern beides Sinn habe, dürfe es nur etwas bedeuten wollen in Zurückbeziehung auf die Kontinuität des Fortganges und diene nur, diesen zum deutlichen Bewußtsein seiner selbst und zur Versicherung seiner Gesetze zu bringen. Hier liegt in der Tat der Kern des Problems: an die Stelle der ontischen muß die genetische Ansicht der Erkenntnis treten. Das ist der geklärte Sinn der Behauptung ihrer synthetischen, nicht ursprünglich analytischen Begründung.“ (Natorp: „Die logischen Grundlagen der exakten Wissenschaften“, S. 11,) „Die Region des Gegenständlich-Logischen wird das Ursprüngliche, das Primäre, das von der Subjektivität gänzlich Unangetastete und also im höchsten Sinne Objektive, das eigentlich letzte Ziel auf theoretischem Gebiet, dagegen die des Nichtgegenständlich-Logischen ein sich in dienender Stellung dazu Verhaltendes, ein irgendwie von der Subjektivität gehandhabtes Mittel der Gegenstandsbemächtigung, kurz ein Sekundäres und Nachträgliches darstellen müssen. So scheiden sich bei solcher Orientierung der Logik in letzter Linie logische Gegenstandsphänomene und bloß sekundäre logische Bemächtigungsphänomene. Mögen diese letzteren auch das πρότερον πρὸς ἡμᾶς abgeben, an sachlich erster

Analogie der Spekulationen der Theologie und der Jurisprudenz, insbesondere auf die Analogie der Relation Gott-Natur zur Relation Staat-Recht. Aber es bleibt nicht nur völlig im Dunkel, auf welcher gleichartigen Methodik die Analogie zwischen Theologie und Jurisprudenz sich aufbaut, sondern auch, ob die Verweisung der Rechtswissenschaft auf die Theologie eine kritische oder eine dogmatische Behauptung sein soll. Wenn Kelsen behauptet, daß Theologie und Jurisprudenz „normative Disziplinen" seien (S. 21), so muß, da Kelsen ja gerade für die normative Methode der Jurisprudenz eintritt, angenommen werden, daß Kelsen die Rechtswissenschaft auf theologischen Gedankenbahnen wandeln sehen will. Und diese Annahme wird auch durch eine Analyse der Gedankengänge der Kelsenschen Rechtslehre verstärkt: denn gerade Kelsen arbeitet durchaus mit jener formalen Logik, welche ein Kennzeichen der

---

Stelle stehen die Konstituentien der Gegenstandsregion. Als solche gegenständlich-logischen Momente figurieren seit Kant die ‚Kategorien'. Indem diese sich nun als ein ‚Material' zur Gegenständlichkeit erhöhende ‚Formen' erweisen, so ist in der kategorialen Form das logische Urphänomen, in der Gespaltenheit in Kategorien und Kategorienmaterial, in dieser Artikulation der Gegenstände, die logische Urstruktur zu erblicken. So ist von allen Teilen der Logik die Erforschung der Gegenstandsstruktur und die Kategorienlehre dazu berufen, zum Urphänomen vorzudringen, während ihr gegenüber ‚formale Logik' und ‚Methodologie' in letzter Linie eine dienende Haltung einnehmen. — Wenn hier die gegenständlicher Relevanz entbehrenden Phänomene in eine niedere und abhängige Region verwiesen werden, so reiht sich dieses Unternehmen den auf die transzendentale Logik Kants zurückgehenden Versuchen an, die sogenannte ‚formale Logik' ihrer angemaßten Selbständigkeit zu berauben und die ihr angehörenden logischen Erscheinungen nicht anders als durch Angliederung an die Phänomene von ‚sachlicher', das heißt konstitutiv-logischer oder gegenständlicher Bedeutsamkeit zu begreifen. Der so behauptete Primat des Konstitutiv-Logischen läßt sich zunächst sogar innerhalb der Kategorienlehre selbst vertreten. — Erst seit Kant kann es jedoch den Begriff der formalen Logik überhaupt geben, das heißt kann die gesamte vorkantische Logik als formal durchschaut werden. Seit der Kantischen Revolutionierung ist das ‚Formale' nicht mehr das Logische, sondern ein Logisches, und das Gesamtgebiet der Logik zerfällt in das Formallogische und Materiallogische. Freilich ist damit ein ganz bestimmter Begriff des Formallogischen fixiert, der eben einfach mit dem Nichtgegenständlichen zusammenfällt. Doch für den genaueren Sinn dieser Nichtgegenständlichkeit muß streng am Primat des Gegenständlich-Logischen festgehalten werden. Die Nichtgegenständlichkeit bedeutet eine Distanz gegenüber den Gegenständen, nicht im Sinne einer Erhabenheit über sie, sondern eines Nichtheranreichens an sie." (Lask: „Die Lehre vom Urteil".)

scholastischen Theologie ist. Allerdings verdient die scholastische Logik die Bezeichnung einer „formalen" nur dann, wenn man ihre Leere an Erkenntnisgehalt, an konstitutivem Bestimmungsgehalte charakterisieren will. Davon abgsehen nämlich, ist die scholastische Logik keineswegs „formal", sondern birgt einen ethisch-politischen Gehalt in sich, ist das Gewand bestimmter ethisch-politischer Postulate, welche, zu Seinsdogmen hypostasiert, an die Spitze der logischen Operationen gestellt werden und ihren Gang bestimmen. Es ist also der Dualismus eines mit logischen Mitteln dargestellten „Sollens" und des „Seins", welcher die Theologie charakterisiert, ein Dualismus, der in der Relation des extramundanen Gottes zur Welt der Natur seinen Höhepunkt findet. Nun sind aber auch die Dogmen der Rechtsdogmatik nichts anderes als mit logischen Mitteln verkleidete ethisch-politische Postulate, ein hypostasiertes „Sollen", welches dem Sein des Rechtes entgegengesetzt wird, welche Entgegensetzung in dem Dualismus von Staat und Recht gipfelt. Wie nun aber gerade Kant in seiner „Kritik aller spekulativen Theologie" gezeigt hat, läßt sich die dogmatische Theologie nur überwinden, wenn vorher ihre Methodik, die formale Logik mit ihrer statischen Grundanschauung überwunden und eine auf die synthetische Dynamik der mathematischen Naturwissenschaft Bezug nehmende materiale (transzendentale) Logik aufgebaut wird. Der Übergang vom Substanz- zum Funktionsbegriff hebt die Erkenntnisansprüche der dogmatischen Theologie auf und enthüllt ihren Kern als Ethik. In gleicher Weise läßt sich die Rechtsdogmatik nur überwinden, wenn vorher ihre Methodik, die formale Logik mit ihrer statischen Grundanschauung überwunden und eine auf die synthetische Dynamik der Rechtserfahrung Bezug nehmende materiale (transzendentale) Logik der Rechtsverfahren, als Theorie der rechtlichen Gesetzlichkeit aufgebaut wird. Der Übergang vom Person- zum Verfahrensbegriff hebt die Erkenntnisansprüche der Rechtsdogmatik auf und enthüllt ihren Kern als Ethik.

So lange man, wie Kelsen, an der Statik der formalen Logik festhält, das Problem der synthetischen Dynamik des Rechtes überhaupt nicht sieht, kann die Verweisung der Jurisprudenz auf Theologie lediglich in dogmatischem Sinne verstanden werden, geht der kritische Sinn dieser Verweisung ganz verloren, weil man eben diese Verweisung als Kritik mit der Entgegnung ablehnen müßte, daß ja gerade

Kelsens Grundbegriffe trotz starker kritischer Tendenzen doch nur die d n Dogmen der Theologie analogen Dogmen der Rechtswissenschaft darstellen, daß gerade Kelsen den rechtsdogmatischen Dualismus von Logik und Recht, welcher dem theologischen Dualismus von Logik und Natur analog ist, zu bisher nie gesehener Schärfe gesteigert, das als logische Voraussetzung verkleidete „Sollen“ dem Sein des Rechtes übergeordnet, die formale Logik nicht nur zu Aussagen über das materiale Recht mißbraucht, sondern auch der Erzeugungsmethodik des Rechtes unterschoben hat.

Aber erst wenn der Abstand zwischen der ein Sollen verkleidenden formalen Logik und dem Sein des Rechtes überwunden, der Blick ausschließlich auf das dynamische Sein der Rechtsverfahren gerichtet wird, erst wenn erkannt ist, daß die Dogmen der Rechtsdogmatik ihrem theoretischen Kerne nach auf Kategorien zielen, welche ausschließlich im Rechte sich realisieren, erst wenn es Grundsatz der Theorie der Rechtserfahrung geworden ist, alle Urteile über das Recht ausschließlich aus den Urteilen des Rechtes abzuleiten, mit einem Worte erst dann, wenn wirklich eine reine Theorie der Rechtserfahrung besteht, wächst die Verweisung der Rechtsdogmatik auf die Theologie über den Wert einer bloß äußerlichen, zufälligen Analogie hinaus und gewinnt einen entscheidenden transzendentalkritischen Sinn. Dann freilich zeigt es sich, daß Theologie und Rechtsdogmatik von gleichen Voraussetzungen ausgehend, mit gleicher Methodik arbeitend, zu gleichen Ergebnissen gelangen [1]). Vor allem ist es eine Identität des Dogmenbegriffes, welche Theologie und Jurisprudenz vereint: „Justinus äußerte, wie wir gehört haben, den Wunsch, es möchten alle Menschen die Lehren des Heilandes annehmen. Welche Mittel, fragen wir, hat nun er und haben seine Genossen angewendet, um dieses Ziel zu erreichen? Er wird, wo er apologetisch verfährt, bemüht sein, wirklich den Nachweis zu bringen, daß, was in der Philosophie mit Widersprüchen behaftet bleibt, im Christentum lückenlos erwiesen ist. Zu diesem Zwecke wird er von dem, was man die „natürlichen Wahrheiten“ nennen

[1]) Eine eingehende Begründung dieser Behauptung muß ich einer späteren Arbeit vorbehalten. Im Folgenden seien nur einige kleine Proben gegeben, die ich auf das Buch Gustav Krügers: „Das Dogma von der Dreieinigkeit und Gottmenschheit in seiner geschichtlichen Entwicklung dargestellt“ (1905), stütze.



kann, dem Glauben an Gott, Tugend und Unsterblichkeit, der auch außerhalb des Christentums verbreitet ist, ausgehen und wird versuchen, diesen Glauben christlich zu bestimmen. Um ein Bild zu verwenden, er wird nicht vom Zentrum aus operieren, wird nicht, wie Paulus, Johannes und Ignatius, in ihrer Weise auch Valencius und Marcian es getan haben, christliche Glaubenssätze aus sich selbst heraus erläutern, sondern wird das Terrain an der Peripherie säubern, wird Anknüpfung suchen nach außen hin. Seine Beweise werden sich auf dem Boden der allen Gebildeten gemeinsamen Ratio (Verstand, Vernunft) bewegen. Ist doch für sie, wie wir gehört haben, die „Vernunft die Herrscherin" und muß sich doch, was wahr und wertvoll sein will, vor der Vernunft ausweisen können. Ein solcher christlicher Rationalismus muß natürlich mit dem Begriffsmaterial arbeiten und mit den Kunstausdrücken, die die Philosophen benutzen, wenn sie sich verständlich machen wollen. So kommen denn auch bei den Apologeten zum ersten Male Ausdrücke vor, die seit jener Zeit Bürgerrecht in der christlichen Theologie erhalten haben. Vor allem das Wort „Dogma" in der besonderen Bedeutung, in der wir es alle gebrauchen. In einer allgemeineren Bedeutung ist es auf christlichem Boden älter. Zu Anfang des Lukasevangeliums (2, 1) steht es von der kaiserlichen Verordnung, wodurch die Schatzung anbefohlen wurde, in der Apostelgeschichte (17, 7, 16, 4) von den kaiserlichen Gesetzen, mit denen die Verkündigung Christi als eines neuen Königs in Widerspruch steht, aber auch von den Verordnungen, die die Apostel und Ältesten in Jerusalem erlassen, um eine Gemeinschaft zwischen Juden- und Heidenchristen zu ermöglichen. Im Kolosser- und im Epheserbrief (2, 14, 2, 15) wird es von den durch Christi Tod aufgehobenen Satzungen des mosaischen Gesetzes gebraucht. In der nachapostolischen Literatur findet sich das Wort selten, aber wenn Ignatius von den „Dogmen" des Herrn und der Apostel redet, so zeigt der Zusammenhang deutlich, daß er an die Normen des christlichen Lebens überhaupt denkt, und ganz ähnlich wird in der Apostellehre von den „Dogmen des Evangeliums" gesprochen. Bei den Apologeten begegnet uns das Wort erstmalig in dem Sinne, in dem es den Philosophenschulen geläufig war, von normgebenden Lehrsätzen, theoretischen Bestimmungen, die die Richtschnur für das bilden, was in der betreffenden Genossenschaft als richtig anerkannt wird. So Cicero definierte: „Die

Weisheit darf weder an sich selbst Zweifel hegen, noch an ihren Sätzen (decreta), die die Philosophen ‚Dogmen' nennen, und von denen keines ohne Hochverrat preisgegeben werden kann; denn mit einem solchen Dogma wird die Richtschnur (das Gesetz) des Wahren und Richtigen preisgegeben". Also nicht etwa bloß Meinungen einzelner sind gemeint, sondern die Grundlehren der Schule, an denen man festhalten muß, wenn anders man ein Pythagoräer oder Stoiker der Platoniker sein will. Das ist der Sprachgebrauch der Apologeten und damit der christlichen Theologie geworden. Ferner werden unter christlichen Dogmen solche Lehrsätze verstanden, die nach der Meinung derer, die sie aufstellen, zum Wesen des Christentums gehören, zu denen sich also jeder bekennen muß, der ein Christ heißen will. Und das sind keineswegs allein die Sätze, die im kirchlichen Taufbekenntnis zusammengefaßt sind, sondern es sind auch die Vorstellungen darunter begriffen, die die kirchlichen Theologen aus dem Schatze ihrer allgemeinen Weltanschauung herausholten, um die Sätze des Glaubensbekenntnisses der ratio zugänglich zu machen. Es ist kein Zufall, daß das griechische Wort theologein, das auch die Philosophen gebrauchten, wenn sie „von Gott und göttlichen Dingen redeten", bei Justin zum ersten Mal als technischer Ausdruck auch für die christlichen Bemühungen um Gott und göttliche Dinge erscheint. „Theologie" treiben wird jetzt eine auch auf christlichem Boden Heimatsrecht begehrende Beschäfigung. Und solche Beschäftigung setzt philosophische Bildung voraus. Ja, bei den Apologeten überwiegt das philosophische Element das christliche nicht selten so sehr, daß es einer besonderen Erinnerung dessen bedarf, daß wir es mit Christen, nicht aber mit Platonikern zu tun haben. Wenn die Apologeten von Gott reden, so statten sie ihn mit den Prädikaten aus, die sie von ihren nichtchristlichen Genossen übernommen haben. Sie reden von seiner Einzigkeit, seiner Geistigkeit, und seiner Vollkommenheit. Sie sind bemüht, alle beschränkenden Aussagen vom Begriffe Gottes möglichst fern zu halten, alles was menschlich ist oder so erscheinen könnte" (S. 109 ff). Das „Dogma" verdankt also seine Entstehung der Rationalisierung ethischer Maximen, dem Wunsche, daß alle Menschen das ethische Wertsystem des Christentums annehmen mögen. Denn ethische Postulate können nur dadurch — wenigstens scheinbar — der Subjektivität des Wünschens enthoben werden, daß sie rationalisiert, dogmatisiert und in die Seins-



sphäre „natürlicher Wahrheiten" — das heißt in die Ontologie des Naturrechtes — versetzt werden. Zunächst nun wird der Begriff „Dogma" von positiven Satzungen, von Verordnungen ausgesagt. In dieser Bedeutung soll „Dogma" wohl das von diesen Satzungen ausgehende Abhängigkeits- und Pflichtverhältnis, also den spezifischen Sollcharakter von Normen zum Ausdruck bringen. In diesem Sinne wird „Dogma" dann auch für die „Normen des christlichen Lebens überhaupt", das heißt, nicht von positiv-rechtlichen, sondern von ethischen Normen (dem Evangelium) gebraucht. Der ethische Charakter des Begriffes des „Dogmas" ist also klar. Diesen Charakter streift der Dogmenbegriff auch nicht ab, wenn er zur Bezeichnung „normgebender Lehrsätze, theoretischer Bestimmungen, die die Richtschnur für das bilden, was in der betreffenden Genossenschaft als richtig anerkannt wird", zur Anwendung kommt, denn es sind ja — ausschließlich oder vorwiegend — ethische Maximen, welche die normgebenden Lehrsätze der Genossenschaften jener Zeit — der Pythagoräer, der Stoiker oder Platoniker oder der Christen — ausmachen. Die Dogmen als Grundlehren bedeuten die Wertaxiomatik besonderer ethischer Systeme. Daß als „Dogma" auch eine „theoretische" Bestimmung gebraucht wird, bringt lediglich zum Ausdruck, daß die Apologetik, d. h. die rechtfertigende Verteidigung jenes ethischen Systems, zur Stützung ihrer Lehren den Kunstgriff der Hypostasierung ethischer Postulate, der Transponierung des praktischen Sollens in ein theoretisches Sein anwendet. Es ist kein Zufall, daß gerade die christlichen Apologeten den Begriff des Dogmas ausbilden, denn jede Apologetik, d. h. rechtfertigende Verteidigung ethischer Postulate, muß, um den Schein willkürlicher Subjektivität zu vermeiden, den Weg der Rationalisierung, der Dogmatisierung, der Hypostasierung ihrer ethischen Postulate beschreiten. Es ist nun aber bezeichnend für die Motive, welche bei Beschreitung dieses Weges wirksam sind, daß ursprünglich positivrechtliche Satzungen, dann ethische, im Taufbekenntnis zusammengefaßte Normen, in beiden Fällen also immerhin in Urkunden positivierte Normen, als „Dogmen" bezeichnet werden, später aber der Begriff des Dogmas für Sätze verwendet wird, die in keiner urkundlichen Erfahrung aufzeigbar sind, sondern von den Theologen aus dem Schatze ihrer allgemeinen Weltanschauung herausgeholt werden, um die Sätze des Glaubens-

bekenntnisses der Ratio zugänglich zu machen. Das bedeutet, daß „Dogma" nicht mehr positive Normen, eine Normerfahrung, sondern durch logische Operationen aus einer über der Normerfahrung liegenden Sphäre gewonnene Grundsätze bezeichnet, welche zur Auslegung der positiven Normen verwendet werden. „Dogma" wird ein Ausdruck für Interpretationsregeln, soll einer bestimmten Art der Auslegung von Normen den Schein unanfechtbarer Objektivität geben. Der Begriff des Dogmas hat also zunächst die Subjektivität des Sollcharakters von Normen zur Objektivität umformen wollen. Sobald aber diese durch ihren urkundlichen Charakter — Taufbekenntnis! — und allgemeine Anerkennung sich objektiviert und zu einer Art von Erfahrung gestaltet haben, muß bei ihren Organen, den Theologen, die Besorgnis entstehen, daß diese Normobjektivationen ihrer Auslegungssubjektivität eine gewisse mehr oder weniger feste Schranke entgegensetzen würden. Damit wäre aber der Anspruch auf das Monopol der Erzeugung ethischer Normen, das Dogma von der Theologie als Quelle der Sittlichkeit erschüttert. So verwandelt denn die Theologie das Monopol der Setzung von Normen, welches durch die Erstarrung des Normenerzeugungsprozesses in christlichen Grundurkunden obsolet geworden ist, in ein Monopol der Auslegung jener urkundlichen Normen, indem der Begriff des unanfechtbaren Dogmas von den positiven Normen auf gewisse von der Theologie erzeugte und jederzeit neu erzeugbare Grundsätze übertragen wird, welche zur Auslegung der positiven Normen verwendet werden und weiterhin die unbeschränkte Möglichkeit bieten, die subjektiven ethisch-politischen Postulate der Theologie über die Schranken der Normurkunden hinweg zu allgemeiner Geltung zu bringen. Jene Auslegungsgrundsätze aber werden auf einen letzten Grundsatz gestützt, der gewissermaßen den focus imaginarius aller ethischen Ideen des Christentums bildet und im Rationalisierungsprozeß zum Dogma von Gott wird. „Gott" ist also der fundamentale ethische Auslegungsgrundsatz der Theologie, das theologische Grunddogma, das Dogma aller Dogmen. Das „Theologein", das Reden von Gott und göttlichen Dingen, das Theologie treiben, das Bemühen um Gott und göttliche Dinge, bedeutet also letzten Endes nichts als das Bemühen, die Hypostase eines letzten Grundsatzes, eine absolute Substanz zu denken, deren Attribute in einer über-

natürlichen Seinssphäre alle jene Sollensgrundsätze enthalten, kraft welcher die Theologie durch das Medium der Auslegung der Heiligen Schrift, der christlichen Normurkunden überhaupt, ihre ethischen Anschauungen zur allgemeinen Anerkennung bringen will.

Von gleicher Beschaffenheit aber sind die Dogmen der Rechtsdogmatik, vor allem das Dogma vom Staate. Die Rechtsdogmatik behauptet zwar, daß ihre Dogmen die positiven Rechtssätze, vor allem die Gesetze seien. Näherer Betrachtung aber wird klar, daß diese „Dogmen" ethisch-politische Postulate sind, welche, aus einer metarechtlichen Sphäre stammend, rationalisiert und zu Dogmen hypostasiert werden. Die Dogmen der Rechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts insbesondere haben jene normgebenden, normativen Lehrsätze, jene Voraussetzungen, jene Ursprungsnormen enthalten, welche das Glaubensbekenntnis des Liberalismus ausmachten und an denen zu rütteln als Hochverrat galt. Jener sagenhafte Staat, welcher die Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts beherrscht hat, war und ist lediglich eine Hypostase der ethisch-politischen Postulate des konstitutionellen Liberalismus in seinen verschiedenen Spielarten. Hätte die Rechtsdogmatik ihre angebliche Voraussetzung, daß nur die Gesetze ihre Dogmen seien, folgerichtig durchgeführt, so hätte sie den von ihr trotz aller gegenteiligen Versicherungen bis heute nicht aufgegebenen Anspruch auf ein Monopol der Rechtserzeugung aufgeben, hätte die Theorie von der Wissenschaft als Rechtsquelle schwinden müssen. Denn die Rechtswissenschaft hätte dann gar bald zu der Erkenntnis gelangen müssen, daß nicht allein das „Gesetz", sondern alle Rechtssatzformen ihr Objekt sind und für eine „Interpretation" durch die Wissenschaft, für eine „freie" Interpretation nur als Rechtspolitik, nicht als Rechtserkenntnis Raum bleibt, weil eben in der objektiven Sphäre des Rechtes die Rechtserzeugung nicht in der Logik der Rechtswissenschaft, sondern in Rechtsverfahren vor sich geht. Bilden immerhin die Urkunden der Heiligen Schrift für die Auslegung der Theologie nur eine biegsame Schranke, weil kein kontinuierlicher, also objektiver Erzeugungsprozeß aufzeigbar ist, der jenseits aller Subjektivität von den allgemeinen Normen der christ-

lichen Ethik zu den besonderen Fällen ihrer Anwendung führt, so stellt hingegen die Rechtserfahrung der Subjektivität eine unüberwindliche Schranke entgegen, weil sie ein in sich geschlossenes System von Rechtsverfahren darstellt, welche innerhalb der objektiven Rechtssphäre vom Verfassungsgesetze bis zur Vollzugshandlung hinabführen. Diesen ihre Monopolstellung vernichtenden Sachverhalt hat die Rechtsdogmatik bis heute nicht anerkannt. Vielmehr wurde und wird als ausschließliches oder bevorzugtes Objekt der Rechtsdogmatik die Stufe des Gesetzes betrachtet, von welcher aus die wissenschaftliche oder wissenschaftlich geleitete Auslegung — die „logische Ableitung" — erst zu den „Urteilen", „Beschlüssen" usw. führt. Diese Auslegung aber — diese logische Ableitung aus logischen Voraussetzungen (Dogmen) — war und ist der Weg, auf welchem alle Subjektivität ethisch-politischer Postulate, alles Naturrecht, in die Rechtserfahrung, in das positive Recht, seinen Eingang fand. Um aber die Subjektivität jener Auslegungsgrundsätze (Dogmen) in eine unanfechtbare Objektivität zu verwandeln, wird ein Grundsatz aller Grundsätze, ein Dogma aller Dogmen, nämlich der Staat, postuliert, der als absolute Substanz alle subjektiven ethisch-politischen Postulate als Attribute in einer objektiven, überrechtlichen Seinssphäre zu enthalten scheint. Das Reden vom „Staate und staatlichen Dingen", das Bemühen um den „Staat und staatliche Dinge", das „Theologein" der Staatsrechtslehre laufen letzten Endes darauf hinaus, die Hypostase eines letzten Auslegungsgrundsatzes für das positive Recht zu ersinnen, welcher den subjektiven ethisch-politischen Postulaten der „freien", der „wissenschaftlichen" Auslegung gegenüber dem objektiven Rechtserzeugungsprozesse Geltung verschaffen soll: Im „Staate" spiegeln sich also die jeweiligen ethisch-politischen Anschauungen, er ist wirklich eine normative, das heißt eine normgebende und normenverfälschende Voraussetzung der Rechtswissenschaft. Der Staat war und ist der Sammel- und Ausgangspunkt alles Naturrechtes.

Freilich, wie in den ethischen Hüllen des Gottesbegriffes sich auch der theoretische Kern der Einheit der Natur verbirgt, so in den ethisch-politischen Hüllen des Staatsbegriffes der theoretische Kern der Einheit des Rechtes. Aristides sagt: „Als ich sah, das diese Welt und alles, was in ihr ist, nach fester Ordnung bewegt wird, da begriff ich, daß, der sie bewegte und Gewalt hatte über sie, Gott

sei: denn alles was bewegt, ist stärker als das, was bewegt wird, und was Gewalt hat, ist stärker als was in Gewalt gehalten wird. Ich sage aber, daß Gott ungezeugt, ungemacht, eine ewige Natur, ohne Anfang und ohne Ende, unsterblich, vollkommen und unbegreiflich ist. Vollkommen aber bedeutet, daß in ihm kein Mangel und er keines Dinges bedürftig ist, sondern alles seiner bedarf. Und ohne Anfang bedeutet, daß alles, was einen Anfang hat auch ein Ende hat, und was ein Ende hat, ist auflösbar. Einen Namen hat er nicht, denn alles, was einen Namen hat, gehört zur Kreatur. Eine Gestalt hat er nicht, und seine Glieder sind nicht zusammengesetzt, denn dergleichen gehört zu den geschaffenen Dingen. Weder ist er männlich, noch weiblich, denn in wem solches ist, der wird von Leidenschaften beherrscht. Der Himmel umfaßt ihn nicht, sondern der Himmel und alles Sichtbare und Unsichtbare sind in ihm befaßt. Einen Gegner hat er nicht, denn nicht ist jemand da, der stärker wäre als er. Zorn und Grimm kennt er nicht, denn es ist nichts da, was ihm Widerstand zu leisten vermöchte. Irrtum und Vergessen ist ihm fremd, denn er ist ganz und gar Weisheit und Erkennen, durch ihn besteht alles, was besteht. Nicht heischt er Opfer und Trankopfer und nicht eines von den Dingen, die da sichtbar sind. Von niemandem heischt er etwas, aber alle heischen von ihm." (S. 112.) Die Gedankengänge Aristides behalten ihren Sinn, wenn man sie in die Terminologie der Staatsrechtslehre übersetzt: „Als ich sah, daß das Recht und alles, was in ihm ist, nach fester Ordnung bewegt wird, da begriff ich, daß der es bewegte und über es Gewalt hatte, der Staat sei: denn alles, was Rechtsverfahren bewegt, ist stärker als das, was in Rechtsverfahren bewegt wird und was Gewalt hat, ist stärker als was in Gewalt gehalten wird. — Ich aber sage, daß der Staat rechtlich ungemacht, eine ewige soziale Natur, ohne rechtlichen Anfang und ohne rechtliches Ende, souverän und rechtlich unbegreiflich ist. Souverän bedeutet, daß er keines Rechtes bedürftig ist, sondern alles Recht seiner bedarf, und ohne rechtlichen Anfang bedeutet, daß alles, was rechtlich erzeugt ist, auch rechtlich aufhebbar ist. Den Namen eines besonderen rechtlichen Tatbestandes hat er nicht, denn alles, was einen derartigen Namen hat, gehört zu dem vom Staate geschaffenen Rechte. Die Gestalt eines rechtlichen Tatbestandes hat er nicht und seine Elemente sind nicht Rechtselemente, denn dergleichen gehört zu

den vom Staate geschaffenen rechtlichen Tatbeständen, die Rechtserfahrung befaßt ihn nicht, sondern die Rechtserfahrung und alle Rechtserscheinungen sind in ihm befaßt. Einen Gegner hat er innerhalb der Rechtserfahrung nicht, denn nicht ist ein rechtlicher Tatbestand da, der stärker wäre als er."

Es ist das Problem der Substanz, der eindeutigen dynamischen Ordnung der Erfahrung, auf welches Theologie und Staatsrechtslehre abzielen, wenn erstere Gott als Beweger (erzeugenden Träger) der Natur, letztere den Staat als Beweger (erzeugenden Träger) des Rechtes auffaßt. Das Problem der Substanz ist in der neueren Naturwissenschaft und Philosophie dadurch zur Lösung gelangt, daß unter Aufgabe des ethischen Motiven entsprungenen metaphysischen Dualismus, der Begriff der absoluten Substanz, welche jenseits der Erfahrung steht, zur Auflösung gebracht und in den Begriff der relativen Substanz, welche einen innerhalb der Erfahrung liegenden, in allen Bestimmungen festgehaltenen Bestimmungsmaßstab, also die Erhaltung eines Koordinatensystems bedeutet, verwandelt wurde. Die Substanz beharrt nicht als jenseits der Natur stehender Träger, der durch einen Stoß von außen die Natur bewegt, sondern beharrt in den Bewegungen als einheitlicher Maßstab der Bewegungen. So muß auch der Begriff der absoluten Substanz des Staates, der als jenseits des Rechtes stehender Träger durch einen Stoß von außen das Recht bewegt, in den einer relativen Substanz verwandelt werden, welche in den Rechtsverfahren als letzter Maßstab der Verfahren beharrt. Gott und Staat sind von ethisch-politischen Motiven geleitete Hypostasierungen der Erzeugungsmethodik, welche aus der Korrelation zu den Erzeugnissen gelöst und ihnen als „Person" gegenübergestellt wird.

Krüger sagt: „Dreieinigkeit und Gottmenschheit sind aber auch das einzige Dogma geblieben." (S. 233.) „Dreieinigkeit" und „Gottmenschheit" sind aber Dogmatisierungen des Grundproblems der Theologie: wie tritt Gott zur Natur in Beziehung? Nur um dieses selbst geschaffene Problem zu lösen, wurde die Trias von Gottvater, Gottsohn und heiligem Geist ersonnen, die das Wunder der Gottmenschheit dadurch vollzieht, daß Gottvater im Medium des heiligen Geistes sich zu Gottsohn herabläßt, beschränkt. „Die Vorstellung vom heiligen Geist als einer übernatürlich-wirkenden göttlichen oder himmlischen Wunderkraft hat das Christentum aus

dem Judentum übernommen. Sie stammt aus jener alten Zeit, da man Gott wie den Menschen aus Geist und Leib zusammengesetzt dachte und ganz naiv von seinem Auge und seiner Hand sprach, mit der er die Tür der Arche Noahs schloß. Die Vorstellung war dazu benützt worden, um allerlei wundersame Erscheinungen übermenschliche Heldenkraft oder Visionen zu erklären. Propheten sind vom diesem Geiste Gottes ergriffen oder ‚besessen'. Als in der ersten Christenheit Wunderheilungen, Visionen und seltsame enthusiastische Sprache wieder auftraten, da fand man auch wieder die alte Erklärung . . . Daß der Geist heilig ist, ist nichts, was ihn an sich vor anderem auszeichnet, denn ‚heilig' ist in der religiösen Sprache der Juden und Christen die allgemeine Bezeichnung für alles, was nicht ‚profan' ist, für alles, was aus der Welt herausgelöst und zu Gott in nahe Beziehung gesetzt ist. Christus heißt in diesem Sinne der Heilige Gottes und die Christen heißen die Heiligen, weil sie der Welt entnommen sind, und neben Heiden und Juden ein drittes Volk, ein heiliges Volk, ein Gottesvolk bilden. Auch ihre Gemeinschaft, die Kirche, ist heilig, wie schon die jüdische Gemeinschaft mit samt ihren Einrichtungen heilig war. Dabei ist die Vorstellung geläufig, daß das, was man als Gott zugehörig, als heilig empfand, von jeher bei Gott gewesen sei, gleichsam personifiziert, präexistent, im Himmel aufbewahrt, um am Ende der Tage sichtbar in Erscheinung treten zu können. Eben dieses Geistwesen war es, wie wir schon gehört haben, das in Christus Fleisch geworden war. Im ‚Hirten des Hermas' wird der ‚heilige Geist' dem verweltlichten Sohn Gottes, der mit Gott die Welt geschaffen hat, gleichgesetzt. Zwischen beiden zu unterscheiden fühlt sich Hermas nocht nicht veranlaßt. Noch mehr: in seinen ‚Gesichten' redet der heilige Geist oder der Sohn Gottes zu ihm in der Gestalt der Kirche, und von dieser Kirche, die ihm zuerst als Greisin und dann verjüngt erscheint, heißt es einmal, sie sei von allen Dingen zuerst und um ihretwillen sei die Welt geschaffen worden. Man sieht wie unstatthaft es wäre, diese religiösen Phantasien an einem festen Begriffsapparat messen zu wollen, sie würden ihren kindlichen Zauber verlieren." (S. 66 ff.) Nicht minder verlieren auch die ethisch-politischen Phantasien der herrschenden Staatsrechtslehre ihren kindlichen Zauber, wenn man sie an einem festen Begriffsapparat mißt. Der „heilige Geist" der Theologen ist nichts als eine Per-

sonifikation ethischer Postulate, welche es gestatten soll, sich über die Gesetzlichkeit, das Sein der Natur in eine übernatürliche Sphäre, das „Reich der Gnade" zu erheben, in welchem diese Postulate als realisiert erscheinen und dadurch ihre Evidenz auch den Ungläubigen dartun. Nur im Medium des „heiligen Geistes" geht die Selbstbeschränkung von Gottvater zu Gottsohn, die Menschwerdung Gottes vor sich, was eben bedeutet: daß das Dogma der Trinität und die von ihm bezeichneten Vorgänge nur Hypostasen ethischer Postulate sind, kein Sein der Natur, sondern ein Sollen der Ethik bezeichnen.

Das Grunddogma der Staatsrechtslehre ist nun die Dualität von Überrechts- und Rechtsstaat, von welchen der erstere den letzteren durch Selbstbeschränkung, Selbstverpflichtung hervorbringt. Es bedarf aber nur einiger Besinnung auf das Dogma von der mit der Selbstverpflichtung eintretenden Rechtswerdung des Überrechtsstaates, um zu erkennen, daß auch die Staatsrechtslehre ein besonderes dem „heiligen Geiste" analoges Medium kennt, in welchem sich der Überrechts- zum Rechtsstaate verpflichtet; so daß also ihre „Dualität" eigentlich eine Trinität ist: Dieses Medium ist das Naturrecht, als überrechtliche Sphäre, in welcher das Rechtswunder der Rechtswerdung des Überrechtsstaates sich vollzieht. Der theologischen Trinität: Gottvater, Gottsohn, Heiliger Geist entspricht also die rechtsdogmatische Trinität Überrechtsstaat, Rechtsstaat Naturrecht. Der „heilige Geist" der Staatsrechtslehre ist das Naturrecht, eine überrechtlich wirkende staatliche oder gesellschaftliche Wunderkraft, welche überall eingesetzt wird, wo es gilt, den eigenen, subjektiven ethisch-politischen Wünsche — und alle ethisch-politischen Postulate sind nur subjektive Wünsche — durch Setzung einer überrechtlichen Realisationssphäre unbedingte Geltung zu verschaffen. Wie der „heilige Geist" das Symbol des theologischen „Reiches der Gnade", des Reiches von Gottes Gnaden im Gegensatze zum Reiche der Naturgesetzlichkeit, so ist das „Naturrecht" das Symbol des rechtsdogmatischen Reiches der Gnade, des Reiches von Staates Gnaden im Gegensatze zum Reiche der Rechtsgesetzlichkeit. Aus dem „Geiste des Naturrechtes" werden die überrechtliche Kraft des Staates und die sich daraus ergebenden „wundersamen Erscheinungen" geholt, das Naturrecht erklärt die „seltsame enthusiastische Sprache", in welcher die Staatsrechtslehre vom Staate

spricht. Wie in der religiösen Sprache „heilig" die allgemeine Bezeichnung für alles, was nicht „profan" ist, für alles was aus der Welt herausgelöst und zu Gott in nahe Beziehung gesetzt ist, bedeutet, so „staatlich" (= naturrechtlich) die allgemeine Bezeichnung für alles, was nicht „rechtlich", für alles was aus der Rechtserfahrung herausgelöst und zum Staate in nahe Beziehung gesetzt ist. Und da der „Staat" der herrschenden Staatsrechtslehre selbst wieder nur die Hypostase und Personifikation naturrechtlicher Postulate ist, so ist der Staatsrechtslehre die Vorstellung geläufig, daß das Naturrecht, als dem Staate zugehörig, von jeher beim Staate in dessen „Wesen" gewesen und gleichsam personifiziert, präexistent — der Rechtserfahrung präexistent — im Himmel des sozialen Lebens aufbewahrt sei, um erst bei der Gründung des Rechtsstaates in Erscheinung treten zu können.

Von ganz besonderer Bedeutung für die Staatsrechtslehre ist die Lehre Tertullians, „der berufen gewesen ist, die kirchliche Lehre von der Dreieinigkeit zum ersten Male in diejenige Form zu gießen, die ihr nach langen Kämpfen zum Sieg verholfen hat". „Tertullian ist der Meinung, daß die von ihm gelehrte Dreiheit, die durch zusammenhängende und zueinander gefügte Stufen vom Vater herkommt, weder dem Begriff der Monarchie noch dem der Ökonomie Eintrag tun, und er macht den Versuch, das, was er meint, in wohlüberlegten und sinnreichen Formeln zum Ausdruck zu bringen. Unter den zahlreichen Wendungen, durch die er das ‚Sakrament der Ökonomie' vor profanen Mißdeutungen zu ‚schützen und bewahren' sucht, sind zwei von besonderer Bedeutung geblieben. Für die Einheit setzt Tertullian das Wort ‚substantia', für die Dreiheit ‚persona' (Mehrzahl personae) ein. Wir tun gut, für den zweiten dieser Begriffe unser Lehnwort ‚Person' beizubehalten. Läßt sich auch ‚Substanz', durch ‚Wesen' oder ‚Wesenheit' sachgemäß ersetzen, so fehlt für ‚Person' das ganz bezeichnende deutsche Wort. Das lateinische ‚persona' entspricht dem griechischen πρόσωπον, bedeutet wie dieses zunächst die Maske, die der Schauspieler trägt, sodann die Rolle, die er darstellt und wird endlich im übertragenen Sinne für ‚Persönlichkeit' gebraucht. So war es in die Sprache des bürgerlichen Lebens, besonders auch in die Rechtssprache übergegangen. Vielleicht, daß gerade dem Juristen Tertullian die Verwendung des Wortes nahelag, das ihm übrigens, wie sich aus seinen

Erörterungen ergibt, auch aus biblischen Stellen (Spruch Salom. 8, 30. Klage Jerem. 4, 20) bekannt war. Jedenfalls war es ihm besonders willkommen, um die Unterschiedenheit von Vater, Sohn und Geist zu möglichst treffendem Ausdruck zu bringen. Und er hat damit einen glücklichen Griff getan. Der eigentümlich schillernde Charakter des Ausdrucks ermöglichte es, zumal wenn man die Empfindung für die ursprüngliche Bedeutung nicht verloren hatte, die Gefahr des ‚Dreigöttertums' zu vermeiden. Freilich gilt es, nicht nur die Scylla des Tritheismus zu vermeiden, sondern auch der Charybdis des Modalismus zu entgehen und diese Schwierigkeit wurde in der Kirche lange Zeit fast noch mehr empfunden als jene. Ein kühner Denker unter den Monarchisten, der um 220 in Rom lebende Ägypter Sobellius scheint dem modalistischen Grundgedanken, daß Vater, Sohn und Geist drei Erscheinungsformen des einen göttlichen Wesens seien, eben durch Einführung des Wortes πρόσωπον eine neue Wendung gegeben zu haben. Nicht nebeneinander, sondern nacheinander treten bei ihm die göttlichen ‚Personen' auf. Das göttliche Wesen nimmt sozusagen zuerst die Maske, des Vaters vor, dann die des Sohnes, endlich die des Geistes. So erscheinen die drei göttlichen ‚Prosopa' wie die drei Perioden des geschichtlich sich entwickelnden Weltlaufes im alten Testament, im neuen Testament und in der Gemeinde der Gläubigen und die gesamte Entwicklung wird als die Geschichte des sich selbst offenbarenden Gottes in einheitlicher Betrachtung zusammengefaßt." (S. 144.)

Die formale Logik als Gewand ethischer Postulate muß allüberall zu gleichen Begriffen, zu „Substanz" und „Person" führen. Das Verhältnis von Einheit und Mehrheit, Substanz und Person ist auch für die Staatsrechtslehre von größter Bedeutung. Nur daß eben diese Mehrheit in der Staatsrechtslehre offiziell nicht als Dreiheit, sondern als Zweiheit erscheint, weil der dem Begriffe des „heiligen Geistes" entsprechende Begriff des „Naturrechtes" in der Staatsrechtslehre keine gesonderte Personifikation gefunden hat, obwohl er immer im Hintergrunde der Spekulation steht und ohne ihn das Verhältnis des Überrechts- zum Rechtsstaate gar nicht verständlich wäre. Der Begriff der „Person" hat in der Jurisprudenz die ursprüngliche Bedeutung als πρόσωπον, als „Maske" kaum verloren. „Person" bedeutet der Jurisprudenz im strengsten Sinne des Wortes die Rechtsmaske, welche der jenseits des Rechtes

stehende, zweckverfolgende Mensch annimmt. Der Begriff der „Person", der Rechtsmaske, des Rechtscharakters, welchen ein rechtsfremdes Wesen annimmt, um in das Recht einzutreten, bringt einen die gesamte Jurisprudenz durchziehenden naiv-realistischen Dualismus zum Ausdruck, der das Recht als „subjektive Rechte" auf hinter dem Rechte stehende Wesen als metarechtliche Einheitspunkte, die aber doch irgendwie im Rechte liegen, bezieht. Der „Mensch" bedeutet der herrschenden Jurisprudenz nicht verfahrensmäßige Tatbestandsrelationen, die in rechtlicher Einheitsbeziehung stehen, sondern ein „natürliches" Wesen, dessen eine künstliche Seite — die Maske, die Persönlichkeit — dem Rechte angehört. Die „Natur" — übrigens für die Jurisprudenz immer nur ethisch-politische Postulate, welche man als „natürlich" zur Objektivität steigern möchte — ist die Substanz, die Wesenheit, die metarechtliche Realität, das Recht die bloße Maske, der Schein. Den gleichen Sinn hat in der herrschenden Staatsrechtslehre die „Persönlichkeit" des Staates: sie bedeutet die Beziehung des ganzen Rechtes auf einen metarechtlichen Einheitspunkt, die formallogische Setzung einer metarechtlichen Einheit des Staates, welche man im Rechte nicht zu finden vermag. Die „Persönlichkeit" ist nur das künstliche Wesen, die Maske, welche die Staatssubstanz, der metarechtliche Gewaltstaat, die Staatsrealität — aus übrigens mystischen Gründen — im Rechte annimmt, das Recht ist nur die Bühne, auf welcher der Staat zeitweilig als Schauspieler auftritt, während seine eigentliche Wesenheit nur dann zu erschließen ist, wenn man ihn in der Ungezwungenheit seines Privatlebens, in seiner natürlichen Gewaltbetätigung beobachtet. So ermöglicht es der „eigentümlich schillernde Ausdruck" der „Persönlichkeit" die Gefahr des Zweistaatentums, d. h. die Erkenntnis zu vermeiden, daß der Überrechts- und der Rechtsstaat gesonderte Wesen sind, die nicht in einer Substanz zusammenhängen. Im Grunde aber ist die gesamte herrschende Staatsrechtslehre „Modalismus", weil sie bewußt — wie die deutsche Lehre vom „Rechtsstaate", vor allem wie Gneist — oder unbewußt dem Grundgedanken huldigt, daß Überrechts-, Rechtsstaat und Naturrecht — Vater, Sohn und Geist der Staatsrechtslehre — nur drei Erscheinungsformen eines Wesens, nämlich der Gesellschaft, seien. Die „Gesellschaft" — als eigentliches göttliches Wesen, als Urgott der Sozial- und damit auch der herrschenden Rechtslehre —

nimmt zuerst die Maske des überrechtlichen Gewaltstaates, dann die Maske des Rechtsstaates und — nicht „endlich“, sondern immer — die Maske des Naturrechtes an. Die gesellschaftlichen Prosopa — Überechts- und Rechtsstaat — bedeuten einfach aufeinander folgende Perioden des sich geschichtlich von der absoluten zur beschränkten Monarchie entwickelnden Laufes der Gesellschaft und diese Geschichte wird in Hypostasen als formallogische Bewegung des sich selbst im Rechte offenbarenden, zum Rechte verpflichtenden Staates dargestellt. S o g e h ö r e n d i e D o g m e n d e r h e r r s c h e n d e n S t a a t s r e c h t s l e h r e d e r F i b e l d e s L i b e r a l i s m u s a n, s i n d n i c h t P r i n z i p i e n e i n e r T h e o r i e d e r R e c h t s e r f a h r u n g[1]).

Da die Theologie vom Dualismus zwischen Gott und Welt ausgeht, steht sie immer vor dem für sie unlösbaren Probleme, diese Dualität in der „Menschwerdung Gottes“ und im „Gottmenschen“ zu überwinden. Die „übernatürliche und doch menschliche Geburt Jesu“ ist eben ein Wunder: „War so die Vorstellung von der jungfräulichen Geburt und die wunderbare Legende, in der sie sich ihr göttliches Kleid schuf, aus dem Bedürfnis der Verherrlichung Jesu geflossen, so hat sie im Bekenntnis doch anderen Gedanken dienen müssen. Gegenüber den im Gnostizismus rege gewordenen Bestrebungen, das Menschliche in Christus gänzlich zu vernachlässigen, sein Erdenleben zum Schein zu verflüchtigen, galt es, auf dieses Menschliche nachdrücklich hinzuweisen. Den Gnostikern konnte die Erzählung von der übernatürlichen Geburt, der Ausschluß der Vaterschaft Josefs, an sich nur willkommen sein. Aber sie gingen weiter. Mit nichts Fleischlichem, so wollten es die Christen in den gnostischen Sekten, sollte das zu unserer Erlösung vom Himmel herabgestiegene Geisteswesen in Berührung gekommen sein. Durch die Maria sollte es nur wie durch einen Kanal hindurch gegangen sein, oder Maria hatte gar nur durchs Ohr geboren, dagegen wandte sich der Gemeindeglaube energisch. Ein so ‚geborener‘ Jesus war, wie die Gemeinden überzeugt blieben, ein Fabelwesen, an dem der Glaube keinen Teil hatte. Am besten wäre freilich der Doketismus zu widerlegen gewesen durch den Hinweis

[1]) Den Versuch einer eingehenden Begründung dieser Behauptung unternehme ich auf Grund eines umfangreichen Materials in meinem in Kürze erscheinenden Werke „Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung“.



auf die Vaterschaft Josefs. Aber das war jetzt nicht mehr möglich. Die Vorstellung von der übernatürlichen Geburt war fertig, als der Doketismus von außen in die Gemeinden hinein zu wirken begann Nun galt es, sie als Waffe gegen den gefährlichen Gegner zu brauchen." (S. 62.) Die herrschende Staatsrechtslehre hat immer mit der Vorstellung von der überrechtlichen und doch rechtlichen Entstehung des Staates gearbeitet, und diese — im Dogma von der Selbstverpflichtung des Staates zum Rechte gipfelnde — „wunderbare Legende" hat zu Begriffen von der Staatsentstehung geführt, welche den Theorien von der „Kanal"- und „Ohrgeburt" Jesu äquivalent sind. Es sei nur an Bindings Begriff der „Vereinbarung" als staatsschöpfenden Aktes erinnert, den er ja selbst als ein „Mysterium" bezeichnet. Der herrschenden Lehre von der Staatsentstehung liegt eben die Theorie vom Dualismus zwischen Staat und Recht, Überrechts- und Rechtsstaat zu Grunde. Was „Staatsentstehung" genannt wird, meint aber lediglich die revolutionäre, das heißt supra- und metarechtliche Setzung einer Verfassung, immer nur die Selbstverpflichtung gewisser überrechtlicher Gewalten — des Überrechtsstaates — zum Rechte, das heißt zum Rechtsstaate. Ebenso wie der „Gottmensch" zwei Seiten, zwei Naturen — die göttliche und die menschliche — hat[1]), sind auch an dem durch Selbstverpflichtung des Überrechtsstaates entstandenen Fabelwesen „Rechtsstaat" zwei Seiten, zwei Naturen — die staatliche und die rechtliche — feststellbar. Je nach der ethisch-politischen Anschauung des Autors wird bald die staatliche, bald die rechtliche Natur des „Rechtsstaates" stärker betont. Immer aber stellt die Lehre vom „Rechtsstaate" ebenso wie die Lehre vom „Gottmenschen" den aussichtslosen Versuch dar, die Gesetzlichkeit des Sollens, eines überzeitlichen Seins, mit der Gesetzlichkeit der Natur oder des Rechtes, einem zeitlichen Sein zu vereinigen. Ein Ausweg aus den

[1]) Nur im Vorbeigehen sei hier an den erbitterten theologischen Kampf zwischen „Monophysiten" (Anhängern der Lehre, daß die Elemente des „Gottmenschen" von einer Substanz, einer Natur seien) und den „Duophysiten" (Anhängern der Lehre, daß im „Gottmenschen" zwei Substanzen, zwei Naturen sich vereinigen) erinnert, der vom Konzil zu Nicäa zu Gunsten des „Homousianismus" (Unterteilung der Personen bei gleicher Wesensgrundlage) entschieden wurde Auch die Staatsrechtslehre schwankt zwischen Mono- und Duophysitismus, bevorzugt freilich den Monophysismus in dem Sinne, daß das Wesen des Staates „Gewalt", auch das Recht nur eine Emanation dieser Gewalt sei.

Widersprüchen der Zweinaturenlehre ist nur dadurch möglich, daß man bezüglich Christus auf die „Vaterschaft Josefs“, also auf die naturgesetzliche Erzeugung hinweist und damit Gott zu einer Idee, zum Leitstern eines unendlichen sittlichen Strebens erhebt, bezüglich des „Rechtsstaates“ ausschließlich auf die rechtsgesetzliche (verfahrensmäßige) Erzeugung Bezug nimmt und damit den „Staat“ als eine Idee, als Zielpunkt eines unendlichen sittlichen (nicht rechtlichen) Prozesses darstellt, also in Erkenntnis des Dualismus von „Sollen“ und „Sein“ innerhalb des Seins der Natur und des Seins des Rechtes den Monismus herstellt.

„Es hieße die Schrift gegen Praxeus ausschreiben, wollten wir eine ausreichende Vorstellung davon geben, in wie geistreichen, immer wieder neu geformten, oft verblüffenden, noch öfter zum Widerspruch reizenden Wendungen Tertullian das Geheimnis der ökonomischen Trinität, das heißt der im Heilsplan gegründeten göttlichen Dreieinigkeit, auseinandergelegt hat. Daß es sich um ein ‚Geheimnis‘ handelt, weiß er sehr genau. Auch wendet er sich nicht an Ungläubige, sondern Gläubige. Aber sein Reichtum an zugespitzten Gedanken und seine Lust am Widerspruchsvollen sind viel zu groß, als daß er sich es versagen könnte, alle Mittel einer herrischen, nicht immer überzeugenden, sondern stark advokatorischen Dialektik in den Dienst des religiösen Denkens zu stellen, das freilich seine eigenen Gesetze hat. Auch die ferneren Aussagen über den Gottmenschen hat Tertullian in derselben Schrift in eindrucksvolle Formeln zu kleiden verstanden. Das Problem ist dieses: wie ist bei der vorausgesetzten und behaupteten wesenhaften Einigung von Göttlichem und Menschlichem in Jesus der Einwurf zu vermeiden, daß das Ergebnis dieser Mischung ein drittes sei, das weder Gott noch Mensch, sondern eben Gottmensch, das heißt aber ein unvorstellbares Etwas ist, bei dem entweder das Göttliche oder das Menschliche zu kurz kommen muß. Tertullian ist sich dieser Schwierigkeit wohl bewußt und durchaus nicht gewillt, sie zu vertuschen. Fest steht, daß Gott nicht aufhört, zu sein, und daß er etwas anderes nicht werden kann. Er ist unveränderlich und ewig, eine Umformung aber ist immer Vernichtung des früheren Zustandes. Nun ist das Wort (sermo, das ist logos) Gott, und des Herren Wort bleibt in Ewigkeit und kann nicht umgeformt werden. Ist das richtig und steht doch fest, daß er Fleisch geworden ist, so kann seine Fleisch-

das heißt Fleisch; eines würde sich in das andere wandeln und ein drittes entstehen. Dann würde Jesus nicht Gott sein, denn das Wort hat aufgehört zu sein, da es Fleisch geworden ist, und auch nicht Mensch, denn das ist eigentlich kein Fleisch, das Wort gewesen ist. So ist von beidem keins von beidem; ein anderes, drittes, ist da, von beidem ganz verschieden'. Nun läßt die Schrift keinen Zweifel darüber, daß Gott als Mensch geboren worden ist. Ebenso sicher aber ist, daß beide Wesenheiten — Gott und Mensch — jede in ihrer Eigentümlichkeit bestehen bleiben müssen. ,Man hat also einen Doppelzustand anzunehmen, der nicht in einer Vermischung, sondern in einer Verbindung besteht, in der einen Person (persona), den (nicht: dem) Gott und Menschen Jesus. Und zwar muß dabei die Eigentümlichkeit einer jeden Wesenheit so gewahrt bleiben, daß einerseits der Geist seine Geschäfte, das heißt, die Wunder und Werke und Zeichen, in Jesus verrichtet, anderseits das Fleisch seine (des Fleisches) Leiden erduldet, indem es hungert, wie bei der Versuchung durch den Teufel, dürstet, wie bei der Samariterin, weint, wie bei Lazarus, sich ängstigt bis zum Ende und schließlich stirbt. Wäre hier ein drittes, aus beiden gemischt, wie das Elektrum, so würden nicht so deutlich zu unterscheidende Beweise von beiderlei Wesenheit sichtbar werden. Auch würde dann der Geist das Fleischliche und das Fleisch das Geistliche zufolge von Übertragung verrichten, oder sie würden weder Fleischliches noch Geistliches verrichten, sondern irgend etwas drittes, zufolge von Vermischung. Ja es würde entweder das Wort gestorben oder das Fleisch nicht gestorben sein, wenn das Wort in Fleisch verwandelt worden wäre: denn entweder wäre das Fleisch unsterblich gewesen oder das Wort sterblich. Da aber beide Wesenheiten jede in ihrem Stande (status) unterschiedlich handelten, so haben sich ihre Werke einerseits, ihre Schicksale anderseits ausgetauscht.'" (S. 145 ff.)

Es hieße die ganze Staatsrechtslehre ausschreiben, wollten wir

ahnen. Auch wendet sie sich nicht an Ungläubige, sondern an Gläubige. Aber ihr Reichtum an zugespitzten Gedanken und ihre Lust an Widerspruchsvollem sind viel zu groß, als daß sie es sich versagen könnte, alle Mittel einer herrischen, nicht immer überzeugenden und stark advokatorischen Dialektik in den Dienst des ethisch-politischen Denkens zu stellen, das freilich seine eigenen Gesetze hat. Auch die ethisch-politischen Aussagen über den Rechtsstaat hat die Staatsrechtslehre in eindrucksvolle Formeln zu kleiden verstanden. Das Problem ist dieses: Wie ist bei der vorausgesetzten und behaupteten wesenhaften Einigung von Staatlichem und Rechtlichem im Rechtsstaate der Einwurf zu vermeiden, daß das Ergebnis dieser Mischung ein Drittes ist, das weder Staat noch Recht, sondern eben Rechtsstaat, das heißt ein unverstellbares Etwas ist, bei dem entweder das Staatliche oder das Rechtliche zu kurz kommen muß. Es ist allerdings fraglich, ob die Staatsrechtslehre sich dieser Schwierigkeit klar bewußt ist und ob sie nicht gewillt ist, sie zu vertuschen. Fest steht ihr, daß der Staat nicht aufhört, zu sein und daß er etwas anderes nicht werden kann. Er ist — als Hypostase ethisch-politischer Postulate — unveränderlich und ewig, eine Umformung aber ist immer Vernichtung des früheren ustandes. Nun ist das Wort (die ethisch-politischen Postulate des Naturrechtes) der Staat und des Staates Wort (sein „Gewaltwille") bleibt in Ewigkeit und kann nicht umgeformt werden. Ist das richtig, und steht doch fest, daß es Recht geworden ist, so kann die Rechtwerdung des Naturrechtes (des „Staates") nur so verstanden werden, daß es, so lange es im Rechte (Gesetze) ist, sich nur durch das Recht offenbart, sich im Rechte feststellen läßt. Denn wenn das Naturrecht zufolge einer Umformung und Abänderung seiner Wesenheit (substantia) Recht geworden wäre, dann würde der Rechtsstaat eine einzige Wesenheit sein, aus zweierlei, aus Recht und Naturrecht (Staat), eine Art Mischung, und würde

die Rechtsurkunden keinen Zweifel darüber, daß der Staat sich im Rechtsstaate zum Recht verpflichtet. Ebenso sicher ist aber, daß beide Wesenheiten — Staat und Recht — jede in ihrer Eigentümlichkeit bestehen bleiben müssen. Man hat also einen Doppelzustand anzunehmen, der nicht in einer Vermischung, sondern in einer Verbindung besteht, in der einen Person, dem Rechtsstaate. Und zwar muß dabei die Eigentümlichkeit einer jeden Wesenheit so gewahrt bleiben, daß einerseits das Naturrecht seine Geschäfte, das heißt die wunderbare Gewaltbetätigung des Staates im Rechtsstaate verrichtet, andererseits das Recht seine (des Rechtes) Leiden erduldet, indem die Rechtsnatur des Rechtsstaates vor öffentlichen Gerichten geklagt werden kann, sich eine Selbstverwaltung gefallen lassen muß usw. Wäre hier ein Drittes, aus beiden gemischt, so würden nicht so deutlich zu unterscheidende Beweise von beiderlei Wesen (Krieg — Verwaltungsgerichtsbarkeit) sichtbar werden. Auch würde dann das Naturrecht das Rechtliche und das Recht das Naturrechtliche zufolge von Übertragung verrichten oder sie würden weder Naturrechtliches, noch Rechtliches verrichten, sondern irgend etwas Drittes zufolge Vermischung. Ja es würde entweder der Staat als Gewalt von den Gerichten verurteilt oder der Staat als Recht von den Gerichten nicht verurteilt werden können, wenn das Naturrecht in Recht verwandelt worden wäre; denn entweder wäre der Staat als Recht unklagbar gewesen oder der Staat als Gewalt klagbar. Da aber beide Wesenheiten jede in ihrem Stande (status) unterschiedlich handelten, so haben sich ihre Werke einerseits, ihre Schicksale anderseits ausgetauscht.

Celsus übte an dem Dogma von der Menschwerdung Gottes folgende Kritik: „Gott ist gut, ist glücklich, befindet sich in bester Lage. Warum soll er sie verlassen, wie die Christen annehmen, wenn sie sagen, er sei auf die Erde herabgekommen? Braucht denn

untereinander zanken, wer von ihnen wohl der größere Sünder sei, und dabei sagen: ‚Alles offenbart uns Gott zuerst und kündigt es vorher an, und unbekümmert um Welt, Himmel und Erde wohnt er allein in unserer Mitte, sendet uns allein unsere Herolde und hört nicht auf, uns aufzusuchen, damit wir immer mit ihm zusammen seien‘. Solche falsche Teleologie kann gegenüber der Naturordnung nicht bestehen. Gottes Werke sind alle unsterbliche Wesen. Aber nur das ist an ihnen unsterblich, was die Unsterblichkeit verdient. Auf ihre Materie anzusehen sind Made, Fisch und Mensch sich gleich und die Materie ist vergänglich. Wenn die Christen sagen, Gott habe alles für die Menschen gemacht, so ist das falsch. Die Sonne scheint den Ameisen und den Fliegen so gut, wie den Menschen. Städte gründen, eine Verfassung und Oberhäupter haben, gilt von Bienen und Ameisen so gut, wie von den Menschen. Selbst Vernunft zeigen die Tiere, kennen sie doch gewisse Geheimmittel, wissen sie auch die Zukunft vorauszusagen, sollen doch die Vögel sich unterhalten können. Gott bekümmert sich nur um das Ganze, dazu braucht er aber seinen Sitz nicht zu verändern und es ist kein Grund einzusehen, weshalb er es der Menschen, nun gar der Christen wegen tun sollte.“ (S. 121.) Der Staat ist nach der Darstellung der herrschenden Staatsrechtslehre souverän, allmächtig, „mit ursprünglicher Herrschergewalt“ ausgestattet. Welches Motiv veranlaßt ihn, seine Allmacht aufzugeben, zum Rechte herabzukommen, sich zum Rechte zu verpflichten? Braucht denn der Staat das Recht, da er doch die Macht hat? Wozu soll er die Ohnmacht wählen, da er doch alle Macht besitzt? Zur Verwirklichung bestimmter sozialer Zwecke, sagt die liberale Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts ist der Staat zum Rechte herabgekommen? Wie denn das? Nachdem er solange Überrechtsstaat war, ist er auf den Gedanken verfallen, Rechtsstaat zu werden? Übrigens behauptet

jede Partei das Gleiche, daß heißt, stellt das Wesen des Staates nach ihren ethisch-politischen Wünschen dar, behauptet, daß im Wesen des Staates gerade der Wille zur Verwirklichung ihres Programmes enthalten sei. Solche falsche Teleologie kann gegenüber der Rechtsordnung nicht bestehen. Des Staates Werke, daß heißt die in der Erhaltung des Rechtsverfahrens erzeugten Tatbestände sind ihrem Rechtscharakter nach einander gleich. Nur eine ethisch-politische Betrachtuug, welche diese Tatbestände als Mittel zur Verwirklichung von Parteizwecken betrachtet, vermag den Staat aus der Rechtserfahrung herauszuheben und seinen Willen, bestimmte Rechtstatbestände (öffentliche Gerichtbarkeit, Selbstverwaltung) zu schaffen, als Selbstverpflichtung des Staates zum Rechte darzustellen. Wenn die Staatsrechtslehre behauptet, daß der Staat Zwecke verfolge, alles Recht für bestimmte menschliche Zwecke gemacht habe, so ist das vom rechtstheoretischen Standpunkte aus falsch: In der objektiven Ordnung des Rechtes, werden alle Tatbestände als Rechtstatbestände erzeugt, gleichviel ob sie „menschlichen Zwecken“, daß heißt immer bestimmten ethisch-politischen Postulaten entsprechen oder nicht. Der Staat kümmert sich nur ums Ganze: er bedeutet das erzeugende Grundprinzip des Rechtes, die Erhaltung des Rechtsverfahrens, deshalb braucht er sich aber nicht selbst zum Rechte zu verpflichten und es ist gar kein Grund einzusehen, weshalb ein so rätselhaftes Tun eines noch rätselhafteren Wesens um der Zwecke der Menschen wegen stattfinden sollte.

„Für uns Heutige hat der Name ‚Scholastiker‘ keinen guten Klang. Wenn wir von einem Gelehrten, zumal von einem Theologen, wissen oder zu wissen meinen, daß er ohne die Probleme der Gegenwart lebensvoll zu erfassen, unter dem Druck einer autoritativ wirkenden Vergangenheit mit abgestandener Methode einen abgestandenen Inhalt vergeblich zu beleuchten sucht, so nennen wir ihn einen Scholastiker. Dieses, in das Bewußtsein der modernen Menschheit tief sich eingegrabene Urteil würde gar nicht entstanden sein, geschweige, daß es einen solchen Halt gewonnen hätte, wenn es sich nicht aus gewissen Erscheinungen zumal der Scholastik des ausgehenden Mittelalters begründen ließe. Allerdings erfaßt uns der ganze Jammer einer mißleiteten Wissenschaft, wenn wir den Haarspaltereien mancher Theologen des 14. und 15. Jahrhunderts folgen, die mehr oder weniger alle darauf hinauslaufen, dem nur als Erzeugnis der Rhetorik allen-

falls erträglichen Satz Tertullians: Ich glaube, weil es unsinnig ist, einen wissenschaftlichen Anstrich zu geben.“ (S. 257.)

Scholastiker aber waren alle Staatsrechtslehrer, weil sie, ohne die Probleme des Rechtes zu erfassen, unter dem Drucke einer autoritativ wirkenden Vergangenheit — der Zeit der Entstehung des konstitutionellen Liberalismus, welche die späteren Dogmen der Staatsrechtslehre als politische Kampfbegriffe hervorbrachte — mit abgestandener Methode, der formalen Logik, einen abgestandenen Inhalt, den Dualismus von Staat und Recht, vorgetragen haben. Und es erfaßt uns der ganze Jammer einer mißleiteten Wissenschaft, wenn wir den Haarspaltereien der Staatsrechtslehrer des 19. Jahrhunderts folgen, die mehr oder weniger alle darauf hinauslaufen, dem allenfalls als Kampfmittel einer Partei erträglichem Satze credo quia absurdum einen wissenschaftlichen Anstrich zu geben.

In seiner „kritischen Schlußbetrachtung“ sagt unser theologischer Gewährsmann, daß den streitenden Parteien „die übernatürliche, oder wie wir uns zu sagen gewöhnt haben, die supranaturalistische Betrachtung der Welt- und Menschheitsgeschichte gemeinsam“ war, daß in ihnen der Glauben lebte, „daß über den Wolken der eine allmächtige und allwissende Gott throne, der in höchst persönlicher Weise die Geschicke seiner Menschheit lenke, daß dieser Gott in übernatürlicher, das heißt den natürlichen Lauf der Dinge bewußt durchbrechender Weise in die Menschheitsgeschichte eingegriffen hatte“, daß „unangetastet blieb die vom natürlichen Lauf der Dinge abweichende Welt der Wunder und Zeichen“, daß trotz des aufgeregten Widerspruchs der Bibel- und Dogmengläubigen die Überzeugung, daß die Männer der Bibel und Kirche bis zum 17. Jahrhundert hinaus einer auf gänzlicher Unkenntnis der Naturgesetze und naiven Wunderglauben aufgebauten Weltanschauung huldigten, nicht mehr zu bannen war“ und „daß die Lehre vom Gottmenschen lediglich ethische Bedeutung habe“.

In ähnlicher Weise läßt sich aber auch behaupten, daß allen streitenden Schulen der Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts die suprarechtliche Betrachtung des Rechtes gemeinsam war, daß in ihnen der Glauben lebte, daß über den Wolken des Rechtes ein allmächtiger Staat throne, der in höchst persönlicher Weise die Rechtsverfahren lenke, daß dieser Staat in überrechtlicher, das heißt die Rechtsverfahren bewußt durchbrechender Weise in das Recht ein-

tische Bedeutung hat.

Kein anderer hat bisher dieser Überzeugung mit ähnlicher Wucht zum Durchbruche verholfen wie Kelsen. Nur daß er eben eine reine Rechtslehre nicht zu schaffen vermochte, weil er die scholastische Logik der Rechtsdogmatik beibehalten hat und also selbst wieder dem Dualismus zwischen dem Suprarechte der ethisch-politischen Postulate und dem Rechte der Rechtsverfahren, zwischen der Substanz der Person und der Funktion des Verfahrens verfallen ist.